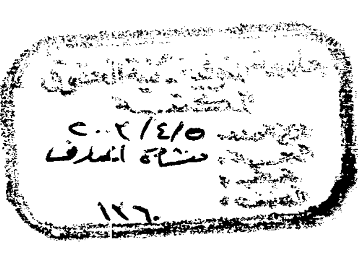




الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم، ونطاقه

مفهوم الأثر السلبي للإتفاق علي التحكيم - الوسيلة الفنية لإعماله " الدفع بالتحكيم " - والخلاف بصدد تحديد طبيعتها القانونية في الفقه - وأحكام القضاء - طبيعة الدفع بالتحكيم من وجهة نظر الباحث - نطاق الأثر السلبي للإتفاق علي التحكيم - وتفسير القضاء له

الدكتور

محمود السيد عمر التحيوى

المدرس بقسم قانون المرافعات

بكلية الحقوق - جامعة المنوفية

٢٠٠٣

الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية

جلال حزى وشركاه

بسم الله الرحمن الرحيم

" والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر "

صدق الله العظيم ...

سورة النساء - الآية رقم (٧١) .

مقدمــــــة

بســم الله الرحمــن الرحيــم
والصلاة ، والسلام على سيدنا محمد
وعلــى آلــه ، وصحبــه ، وسلــم

الحمــد لله نستعينه ، ونستهديه ، ونستغفره ، ونتوب إليه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا ، من يهد الله ، فلا مضل له ، ومن يضلل ، فلاهادى له ، ونشهد أن لاالــه إلا الله ، وحــده لاشريك له ، ونشهد أن سيدنا محمدا – **صلى الله عليه ، وسلم** – عبده ، ورسوله ، أرسله بين يدى الساعة بشيرا ، ونذيرا ، وداعيا إلى الله بإذنه ، وسراجا منيرا ، فهدى به من الضلالة ، وبصر به من العمى ، وأرشد به من الغى ، وفتح به أعينا عمــيا ، وآذانــا صما ، وقلوبا غلفا ، حيث بلغ – **صلى الله عليه ، وسلم** – الرسالة ، وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، وجاهد فى الله حق جهاده وعبد الله – **سبحانه ، وتعالى** – حــتى أتاه اليقين . صلى الله عليه ، وعلى آله ، وسلم تسليما ، وجزاه عنا أفضل ماجزى نبيا عن أمته .

أمــا بعـــد . . .

لــم تحتكر الدولة الحديثة وحدها سلطة الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين مواطنيها " أفرادا ، وجماعات " :

لــم تحــتكر الدولـــة الحديثة وحدها سلطة الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين مواطنــيها " **أفــرادا ، وجماعات** " ، وإنما سمحت لهم – **وإعمالا لمبدأ سلطان الإرادة** – **بالإتفــاق علـــى الإلتجاء إلى نظام التحكيم** ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولايـــة القضائية المقررة للقضاء العام فيها ، وفى نطاق معين ، ومتى توافرت شروطا معيـــنة [1] ، دون الإلـــتجاء إلـــى القضاء العام فـــى الدولة ، وفقا للإجراءات العاديـــة

---

(١) أنظر : فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – ط١ – ١٩٨٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٢٤ ، ص ٤٤ .

للتقاضـــى [1] ، وهو – أى **نظام التحكيم** – عرضا لنزاع معين بين الأطراف المحتكمين علـــى هيـئة تحكـيم مـــن الأغيار – **ليست لهم ولاية القضاء العام فى الدولة** – تعين باختـــيارهم – **وبمحـــض إرادتهـــم** ، **واتفاقهم** – أو بتفويض منهم ، على ضوء شروط يحددونهـــا ، لتفصـــل هـــذه الهيئة فى ذلك النزاع ، بقرار يكون نائيا من شبهة الممالأة ، مجـــردا من التحامل ، قطعا لدابر الخصومة فى جوانبها التى أحالها الأطراف المحتكمون إليها ، بعد أن يدلى كل منهم بوجهة نظره تفصيلا ، من خلال ضمانات التقاضى الرئيسية [2] .

فـــإذا كـــان الأصل أن القضاء – **وهو مظهرا لسيادة الدولة** [3] – لايمارس إلا بواسطة الهيـــئات القضـــائية المخصصة لذلك ، فإنه – **واعتدادا بمايشوب إجراءات الإلتجاء إلى القضـــاء العـــام فـــى الدولة من بطء ، وتعقيد ، وماتتطلبه من نفقات قد ترهق جمهور المتقاضـــين** [4] – قد أجيز للأفراد ، والجماعات داخل الدولة إخراج بعض المنازعات

---

(1) أنظر :

ROBERT et MOREAU : Rep . Proc . Civ , V . Arbitrage ; E . BERTRAND : Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principles matieres de droit prive , 1975 ; VINCENT et GUINCHARD : Procedure civile . precis Dalloz , 21 e ed . 1987 , N . 1343 et s .

(2) أنظر : حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر – جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧ – الدعوى الدستورية رقم (١٣) – لسنة (١٥) .

(3) أنظـــر : عـــبد الباسط جميعى ، محمود محمد هاشم – المبادئ العامة للتنفيذ طبقا لقانون المرافعات الجديـــد – ١٩٧٨ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٥٥ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٣ ، ص١٠ ، ومابعدها .

(4) فى بـــيان الإعتـــبارات الداعـــية للعزوف عن القضاء العام فى الدولة الحديثة ، كوسيلة للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، أنظر :

HEINKOTZ REYNALD OTTENIOF : Les conciliateurs , la conciliation , une etude comparative , preface de . ANDRE TUNC , Economica , Paris , 1983 , P . 5 , 17 .

وانظـــر أيضـــا : محمود محمد هاشم – قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قانون المرافعات – ط٢ – ١٩٩١ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ١٠٧ ص ٢١٢ ، أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ – ط

من ولاية الهيئات القضائية المخصصة للفصل فيها ، وأن يعهدوا بنظرها ، والفصل فيها إلى هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، تختار لهذا الغرض ، بـل إن النظم القانونية الوضعية قد انتبهت إلى بساطة نظام التحكيم ، ومزاياه ، فعمدت إلى فرضه فى خصوص منازعات معينة ، حددتها بنصوص قانونية وضعية خاصة .

إذا كانـت الوظيفة القضائية قد آلت إلى الدولة ، تمارسها بواسطة عضوها القضائى ، فإن هذا العضو لايستأثر مع ذلك بممارستها :

إذا كانت الوظيفة القضائية قد آلت إلى الدولة ، تمارسها بواسطة عضوها القضائى ، فإن هذا العضو لايستأثر مع ذلك بممارستها [1] ، **فيوجد طريقان معتمدان لمباشرة الوظيفة القضائية للدولة ، وهما** [2] :

الطريق الأول – وهو الطريق العام ، والأصلى : بمقتضاه ، يلجأ الأفراد ، والجماعات إلى العضو القضائى للدولة ، لكى يفصل فيما هم مختلفون فيه من مسائل .

والطـريق الثانى – وهو طريقا خاصا ، واستثنائيا : يتيح إمكانية مباشرة نفس العمل بواسطة أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية لايعدون من العضو القضائى للدولة – وإن كـانوا يباشـرون وظيفته . فنظام التحكيم يتيح للأفراد ، والجماعات داخل الدولة تنظيم مهمـة الفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فـى الدولة ، والتى نشأت بالفعل ، أو التى يمكن أن تنشأ فى المستقبل ، دون حاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، نظرا لبساطة هذا النظام ، وقلة نفقاته .

---

٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ص ٢٢٤ ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – ١٩٩٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٣ ، ٤ .

(١) أنظـر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٦/٤/٢ – الطعن رقم (٣٦٩) – لسنة (٤٩) ق ، ١٩٨٣/٤/١٤ – الطعـن رقم (٩٠٨) – لسنة (٥٠) ق ، ١٩٨٥/٢/١٢ – الطعن (٥٧٣) – لسنة (٥١) ق .

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها – الجزء الأول – التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص – ١٩٩١ – بند ٤ ص ١٠ ، ومابعدها ، أصول التنفيذ – الجزء الأول – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ، ص ٢٢٤

والطـــريقان المذكـــوران هما طريقان متوازيان ، لايمكن دمجهما من ناحية كما لايمكن إنكار وجوه التقارب بينهما من ناحية أخرى [١] .

نظام التحكيم هو نظاما خاصا متميزا بقواعده عن الوسائل المعروفة للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة - كالقضاء العام فى الدولة ، الصلح ، وغيرهما :

إذا كـــان نظام التحكيم هو وسيلة للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعـــات داخـــل الدولـــة ، أو نظاما خاصا للتقاضى فى منازعات معينة ، بموجبه تعـــترف الدولة لأفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **ليست لهم سلطة القضاء العام فيها " هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم "** - بسلطة الفصــــل فى بعض المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات فيها ، والتى تدخـــل أصـــلا فـــى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فيها ، إذا ماتحققت مقتضيات الإلتجاء إليه ، فإنه يكون بذلك نظاما خاصا متميزا بقواعده عن الوسائل المعروفة للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة - **كالقضاء العام فى الدولة ، الصلح [٢] ، وغيرهما [٣] .**

---

[١] أنظـــر : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٥ ص ٢٢٤ - الهامش رقـــم (٥) ، مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها ، أو النظام الخاص للمراجعة (تصحيح الأحكام ، تفسيرها ، وإكمالها) - دراسات فى نظم مراجعة الأحكام - ط١ - ١٩٩٣ - بند ٤٢ ، ص ٧٥ ، ٧٦ ، عبد الحميد الشواربى - التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والتشريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ٢٠ ، ومابعدها .

(٢) فى تمييز نظام التحكيم عن نظام الصلح ، واستعراض معايير التفرقة بينهما ، أنظر :

JEAN ROBERT : Arbitrage civile et commercial , T . 1 , troisieme edition . 1961 , Siery , N . 4 et s , Arbitrage , Droit interne , Droit international prive , cinquieme edition . 1983 , Dalloz , N . 4 ets , P . 8 ets ; CHARLES JARROSSON : La notion d'arbitrage , preface BRUNO OPPETIT , Bibliotheque de Droit prive , Paris . 1987 , N . 395 et s .

وانظـــر أيضـــا : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٨٣ ، ومايليه ، ص ٣٠٥ ، ومابعدهـــا ، مختـــار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ١١ ص ١٧ ، ١٨ ، عبد

إلــتجاء الأفــراد ، والجماعات داخل الدولة إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المــنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام هو – ومن حيث الأصل – مكنة إختيارية ، يترك لإرادتهم حرية ممارستها :

إلــتجاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخــل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام هو – **ومن حيث الأصل** – مكنة إختــيارية ، يترك لإرادتهم حرية ممارستها ، إلا أنه قد روعى أن نظام التحكيم – **وبما يشــكله مــن استثناء على ولاية القضاء العام فى الدولة** – قد يعهد به إلى أشخاص قد لايتسمون بالدراية ، والمعرفة القانونية الكافية لإنجاز مهمتهم التحكيمية ، فأحيط بمجموعة مــن القواعــد ، والقــيود ، بحيــث تــتوقف صحة أحكام التحكيم التى يصدرونها على مراعاتها .

نظام التحكيــم ليس بظاهرة جديدة مستقلة بجذورها عن الماضى السحيق ، وإنمــا هــو تطبيقا لفكرة التحكيم فى المجتمعات القديمة ، وامتدادا للتحكيم التجارى الدولى فى العصور الوسطى :

نظام التحكيــم ليس بظاهرة جديدة مستقلة بجذورها عن الماضى السحيق [٢] ، [٣] ، [٤] ، [٥] ، [٦] ، [٧] ، [٨] ، [٩] ، وإنمــا هــو تطبــيقا لفكــرة التحكــيم فى المجتمعات القديمة [١٠] ، وامتدادا للتحكيم التجارى الدولى فى العصور الوسطى [١١] .

الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح – ١٩٩٦ – ص ٤١٩ ، ومابعدها ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٥٠ ، ومايليه ، ص ٥٢ ، ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضــاء عــلى التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١١٥ ، ومابعدها ، الأنصارى حسن النيدانى – الصــلح القضــائى " دراسة تأصيلية ، وتحليلية لدور المحكمة فى الصلح ، والتوفيق بين الخصوم " – دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية – سنة ٢٠٠١ – بند ٩٦ – ٤ ، ومايليه ، ص ١٥٤ ، ومابعدها .

(٣) أنظــر : محمــود محمــد هاشم – قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قانون المرافعات – ط٢ – ١٩٩١ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ١٠٩ ص ٢١٣ ، ٢١٤ .

(١) فى اعــتقاد جانب من الفقه بأن نظام التحكيم قد ظهر فى اليونان القديمة ، مابين القرنين السادس ، والرابع قبل الميلاد ، وأنه قد صدرت العديد من أحكام التحكيم فى القرن السادس قبل الميلاد ، أنظر :
FOUSTUCOS : L'arbitrage interne et internationale , Droit prive helenique liter , 1976 , preface B . GOLDMAN , N . 2 .

وانظر أيضا : محمد نور عبد الهادى شحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٦ .

(٢) عرف نظام التحكيم فى مصر القديمة ، وبابل ، وآشور ، أنظر : إبراهيم العنانى – العلاقات الدولية – جامعة عين شمس – ١٩٨٥ – دار الفكر العربى – ص ١٧٦ ، صوفى أبو طالب – تاريخ النظم القانونية ، والإجتماعية – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية – ص ٢٠٣ ، عبد الحسين القطيفى – دور التحكيم فى فض المنازعات الدولية – المقالة المشار إليها – ص ٣٢ ، ومابعدها .

(٣) عرف نظام التحكيم لدى قدماء الإغريق ، فى المنازعات بين دويلات المدن اليونانية . كما عرف قدماء الإغريق كذلك معاهدات التحكيم الدائمة ، بالإضافة إلى حالات التحكيم المنفردة ، أنظر : عبد المحسن القطيفى – دور التحكيم فى فض المنازعات الدولية – ص ٣٢ ، ومابعدها ، إبراهيم العنانى – اللجوء إلى التحكيم الدولى – ط١ – ١٩٧٣ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٢ ، فخرى أبو يوسف مبروك – مظاهر القضاء الشعبى لدى الحضارات القديمة – مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة عين شمس – السنة السادسة – العدد الأول – يناير – سنة ١٩٧٤ – ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

(٤) فى بيان ملامح نظام التحكيم فى روما منذ أقدم العهود – سواء فى عصر الإمبراطورية القديمة ، أو فى عصر الإمبراطورية السفلى – وبصفة خاصة ، فى العقود الرضائية ، أنظر :

MONIER : Manuel elementaire de Droit Romain montchrestien , 1947 , T. 1 , N. 150 ; CHARLES JARRASSON : La notion d'arbitrage , Paris . 1987 , Bibliotheque du Droit prive , N . 1 et s , et N. 750 et s .

وانظر أيضا : محمود السقا – تاريخ القانون المصرى – ط١ – ١٩٧٠ – مكتبة القاهرة العربية – ص ٢٥٤ ، ٢٧٠ ، محسن شفيق – التحكيم التجارى الدولى – دراسة فى قانون التجارة الدولية – دروس ألقيت على طلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٧٣ – ص ص ٣٧ – ٣٩ ، أبو زيد رضوان – الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى – ص ٤ ، عبد القادر الطورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – بند ٣٠ ص ٥٥ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٦ ، ومابعدها .

(٥) التحكيم ليس فقط نظاما إغريقيا رومانيا ، وإنما نظاما عرفه كل من المصريين القدماء ، والآشوريين ، والبابليين ، والعرب قبل الإسلام . أنظر : عبد الحسين القطيفى – التحكيم فى المنازعات الدولية – بغداد – العدد الأول – ١٩٦٩ – ص ٣٢١ ، محمود السقا – تاريخ القانون المصرى – طبعة سنة

١٩٧٠ – ص ص ٢٥٤ – ٣٧٠ ، فـؤاد عبد المنعم – حكم الإسلام فى القضاء الشعبى – طبعة سنة ١٩٧٣ – ص ١٨ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٨ ، ٩ .

(٦) التحكـيم يكـون جائزا بالقرآن الكريم ، والسنة النبوية المطهرة ، وإجماع الأئمة ، فى دراسة نظام التحكـيم فى الشـريعة الإسلامية الغراء " صوره ، وطبيعته " ، أنظر : إسماعيل أحمد محمد الأسطل – التحكـيم فى الشـريعة الإسلامية – رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعـة القاهرة – ١٩٨٨ ، على على منصور – الشريعة الإسلامية ، والقانون الدولى العام – ط١ – ١٩٦٢ – ص ٢١١ ، محمـد نور عبد الهادى شحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٩ ، ومابعدهـا ، عـبد الحمـيد الشواربى – التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع – ١٩٩٦ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – ص ١١ .

(٧) عرف نظام التحكيم قبل الإسلام – عند العرب ، وغير العرب – إذ يعتبر مرحلة راقية وصلت إليها الجماعـات البشرية ، بعد أن كان الإلتجاء إلى الإنتقام الفردى سائدا ، والإحتكام إلى القوة مبدأ . فيعتبر نظام التحكيم أعلى مراحل التطور الذى وصلت إليه الجماعات البشرية ، وقد استقرت فكرة التحكيم فى أذهان الناس ، وألفوا الإلتجاء إليه ، حتى أصبحت عادة أصيلة فى نفوسهم . ومع ذلك ، كان الإلتجاء إلى التحكـيم إختياريا ، وتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم متروكا أمره للمتـنازعين ، أنظر : صوفى أبو طالب – مبادئ تاريخ القانون – ط١ – ١٩٥٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٧٩ .

(٨) عـرف نظام التحكيم قبل الإسلام ، إذ كان يتولى شيخ القبيلة الفصل فى المنازعات التى تدور بين أفراد قبيلته . أما المنازعات التى كانت تدور بين قبيلتين ، أو أكثر ، فكان يتولى مهمة التحكيم فيها شيخ قبيلة أخرى محايدة . وقد احتكم شيوخ العرب إلى رسول الله – صلى الله عليه ، وسلم – قبل بعثته بمكة ، عـندما أراد كل منهم وضع الحجر الأسود فى مكانه ، عند إعادة بناء الكعبة . فى معرفة نظام التحكيم عـند العـرب قبل الإسلام ، أنظر : محمود سلام زناتى – التحكيم عند العرب – مقالة مقدمة فى مؤتمر التحكـيم بالعـريش – ص ١٣ ، ومابعدهـا ، أبو اليزيد على المتيت – الأصول العلمية ، والعملية لإجراءات التقاضى – ط٢ – ١٩٨٦ – المكتب الجامعى الحديث بالقاهرة – ص ٢٤٣ ومابعدها .

(٩) فى بيان قواعد الإلتجاء إلى التحكيم فى العصور الوسطى . وخاصة ، فى المعارض ، أنظر :
GOUBEAU DE LA BILENNERIE : Traite generale de l'arbitrage , Paris , P. 17 ; JEANCLOS : L'arbitrage en Bourgogne et en champagne du XII AU XV siecle , Dijon . 1977 .

وانظـر أيضـا : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن – الجزء الأول – ١٩٥٧ – مطبعة الآداب بالقاهرة – بند ١١ ص ١٢ ، حسنى المصرى – شرط التحكيم – مقالة مقدمة فى ندوة التحكيم بالقاهرة – ١٩٨٩ – ص ١٤٧ .

(١٠) كـان نظـام التحكيم يعتبر هو القاعدة فى الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات فى المجتمعات القديمة ، أنظر :

GLASSON (E .) , MOREL (R .) et TISSIER (A .) : Traite theorique et pratique d'Organisation judiciaire de competence et de procedure civile , Sirey , Paris . 3e ed , T . 5 , 1936 , N . 18 , P. 308 ; MOTULSKY (H .) : L' evolution recente en matiere d' arbitrage international , Rev . arb . 1959 , P. 3 et s ; IBRAHIM N . SAD : La sentence arbitrale , These . Paris . 1969 , P . 5 ; HAMID ANDALOUSSI : L'independence de l'arbitrage , L'arbitrage commnercial international dans les pays Arabes , Bulletin de la cour international d'arbitrage , Mai . 1993 , P. 43 .

وانظر أيضا : صوفى أبو طالب – مبادئ تاريخ القانون – ١٩٦٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٦٩ ، ومابعدهـا ، محمود السقا – فلسفة ، وتاريخ النظم الإجتماعية ، والقانونية – ١٩٧٥ – بدون دار نشـر – بـند ٢٢١ ، ص ١٠٢ ، ومابعدها ، إبراهيم أحمد إبراهيم – التحكيم الدولى الخاص – ١٩٨٦ – بدون دار نشر – ص ٤٢ ، ٤٣ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٥ ، عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى – ط١ – ١٩٩٠ – مطبوعات جامعة الكويت – ص ١٢ ، محمود محمد هاشم – قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجـراءاته – ط٢ – ١٩٩١ – بـند ١٠٧ ، ص ٢١٢ ، محمـد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٥ ، ومابعدها ، على رمضان بـركات – خصـومة التحكيم فى القانون المصرى ، والقانون المقارن – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القـانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٩٦ – بند ١ ص ١ – ، الهامش رقم (٢) ، أحمـد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – بند ٤ ، ص ١٢ ، أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بـند ١٢٥ ، ص ٢٢٤ ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – ١٩٩٦ – ومنشورة ١٩٩٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٣ .

(١) أنظر : طه أبو الخير – حرية الدفاع – طبعة سنة ١٩٧١ – ص ١١ ، أحمد ماهر زغلول – الدفاع المعاون – الجزء الأول – طبعة سنة ١٩٨٦ – بند ١ ، ومايليه – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – الكتاب الأول – التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص – بند ٢ ، ص ٥ ٦ .

فـــى الصـــورة الأولـــى للمجتمعات – حيث كانت المجتمعات البدائية تخطو خطواتها الأولى فى سلم المدنية ، والحضارة – كان نفاذ القانون ، وكفالة احـــترامه مـــتروكا لمشـــيئة الأفراد ، والجماعات فيها ، يعتمد على قوتهم الخاصـــة ، ويعول على وسائلهم الذاتية ، وهو ماكان يعرف بنظام القضاء الخاص La Justice privee :

فـــى الصورة الأولى للمجتمعات – **حيث كانت المجتمعات البدائية تخطو خطواتها الأولى فى سلم المدنية ، والحضارة** – كان نفاذ القانون ، وكفالة احترامه متروكا لمشيئة الأفراد ، والجماعات فيها ، يعتمد على قوتهم الخاصة ، ويعول على وسائلهم الذاتية ، **وهو ماكان يعـــرف بـــنظام القضـــاء الخـــاص Justice privee** ، ولم يكن ذلك يسمح باستقرار المجتمعات ، ولايكفل الأمن ، والعدل فيها .

كـــان نظام القضاء الخاص La Justice privee فى المجتمعات البدائية يفقد القانون كثيرا من مقوماته الفنية ، والخلقية :

كـــان القـــانون فـــى المجـــتمعات البدائية رهينا فى يد القوة ، تحول دون تطبيقه عليها ، وتمارسه ضد الأضعف منها . وفى وضع مثل ذلك ، يفقد القانون كثيرا من مقوماته الفنية

، والخلقية ، فيفقد من مقوماته الفنية صفتى العموم ، والإلزام ، بالقدر الذى تحول فيه القوة دون تطبيقه على أصحاب النفوذ ، والسلطان فى المجتمع . كما يتجرد من أسانيده الخلقية ، حينما لايتحقق العدل ، ويضيع الحق فى مواجهة القوة .

لم يكن من الممكن معالجة فقدان القانون لكثير من مقوماته الفنية ، والخلقية فى المجتمعات البدائية فى ظل نظام القضاء الخاص La Justice privee إلا بإيجاد عضو غيرى محايد ، تكون وظيفته هى السهر على حماية القانون ، وضمان تطبيقه فى الواقع العملى ، ويكون فى الوقت ذاته مزودا بالسلطة التى تكفل فرض سريانه ، ونفاذه فى مواجهة المجتمع :

لم يكن من الممكن معالجة فقدان القانون لكثير من مقوماته الفنية ، والخلقية فى المجتمعات البدائية فى ظل نظام القضاء الخاص **La Justice privee** إلا بإيجاد عضو غيرى محايد ، تكون وظيفته هى السهر على حماية القانون ، وضمان تطبيقه فى الواقع العملى ، ويكون فى الوقت ذاته مزودا بالسلطة التى تكفل فرض سريانه ، ونفاذه فى مواجهة المجتمع ، فضرورة وجود هذا العضو تمثل ضرورة وجود القانون ذاته ، باعتبارها ضرورة متممة له ، لايستقيم ، ولاتتكامل مقوماته بدونها (1) . فلايقدر لمبدأ المشروعية قياما ، واستقرارا إذا لم يوجد إلى جانبه قضاء حرا ، ومستقرا ، يحميه من الإعتداء ، ويدفع عنه الطغيان (2) .

إذا كان من غير الممكن معالجة فقدان القانون لكثير من مقوماته الفنية ، والخلقية فى المجتمعات البدائية فى ظل نظام القضاء الخاص La Justice privee إلا بإيجاد عضو غيرى محايد ، تكون وظيفته هى السهر على حماية القانون ، وضمان تطبيقه فى الواقع العملى ، ويكون فى الوقت ذاته

---

(1) أنظر : أحمد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – الكتاب الأول – التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص – بند 2 ، ص 6 .

(2) أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى – مخالفة التشريع للدستور ، والإنحراف فى استعمال السلطة التشريعية – مقالة منشورة بمجلة مجلس الدولة المصرى – السنة الثالثة – ص 2 .

مـــزودا بالسلطة التى تكفل فرض سريانه ، ونفاذه فى مواجهة المجتمع ، فإنـــه – وفى البداية – قد ظهر هذا العضو فى اطار مايسمى بنظام التحكيم L'arbitrage ، والذى كان إختياريا ، ثم صار إجباريا فى مرحلة لاحقة

إذا كـــان مـــن غير الممكن معالجة فقدان القانون لكثير من مقوماته الفنية ، والخلقية فى المجتمعات البدائية فى ظل نظام القضاء الخاص **La Justice privee** إلا بإيجاد عضو غـــيرى محايد ، تكون وظيفته هى السهر على حماية القانون ، وضمان تطبيقه فى الواقع العملـــى ، ويكـــون فى الوقت ذاته مزودا بالسلطة التى تكفل فرض سريانه ، ونفاذه فى مواجهـــة المجـــتمع ، فإنه – **وفى البداية** – قد ظهر هذا العضو فى اطار مايسمى بنظام التحكيم **L'arbitrage** ، والذى كان إختياريا ، ثم صار إجباريا فى مرحلة لاحقة [1] ، وبمقتضى هذا النظام ، يلجأ الأطراف ذوو الشأن إلى شخص ثالث " **محكم L'arbitre** " ، من الغير ، يكون محايدا ، ومجردا من المصلحة ، بشأن المنازعات المعروضة عليه ، ليفصل فيماهم فيه مختلفون [2] .

---

(١) فى دراســـة نشـــأة نظـــام التحكيم ، وتطوره ، أنظر : عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة المنوفية – ١٩٩٦ – ص ١ ، ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٥ ، ومابعدها .

وفى بيان الصور الحديثة لنظام التحكيم ، أنظر :

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : Rep . Proc . Civ , 2e ed , T. 1 , V . Arbitrage ; BERNARD (E .) : Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principales matieres de droit prive , ed . 1975 ; CARABIBER : Les developpement de l'arbitrage sous les suspices de grandes centres d'arbitrage , Dr . Sos , 1956 , P. 457 ; JARROSSON : La notion d'arbitrage , These . Paris 11 , 1985 , L . G . J . D , Paris , 1987 , preface OPPETIT ; EL . GOHARY MOHAMED : Arbitrage et les contrats commerciaux internaux a long term , These . Renne 1 , 1982 , P. 253 et s .

(٢) فـــنظام التحكيم هو أثرا من آثار القضاء الخاص فى المجتمعات البدائية ، أنظر: رمزى سيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٦٣ ، صوفى أبو طالب – مبادئ تاريخ القانون – ط١ – ١٩٥٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٧٩ ، حسنى المصرى – شرط التحكيم – مقالة

حلول القضاء العام فى الدولة محل القضاء الخاص ، وقضاء التحكيم :

لــم يكن نظام التحكيم - وبالصورة التى كان عليها فى المجتمعات القديمة - ليستمر بعد أن انتظمــت المجــتمعات فى هيئة دول ، فلقد صار القضاء من واجبات الدولة الحديثة ، وإحــدى وظائفها الأساسية ، وهو فى الوقت ذاته مظهرا لسيادتها . ولم يعد يتفق مع ذلك أن يمــارس القضاء غير أعضاء الدولة الحديثة **Organes etatiques** ، والذين تعينهم لهــذا الغــرض ، وتزودهم بالسلطة ، والصفة الازمتين لذلك . وهكذا ، إنتهى الأمر إلى حلول القضاء العام فى الدولة محل القضاء الخاص ، وقضاء التحكيم .

مقدمة فى مؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى - العريش فى الفترة من (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر ١٩٨٧ - المطبعة العربية الحديثة - ١٩٨٨ - بند ٤٧ ، ص ١٤٧ .

حكمة تشريع نظام التحكيم [1] :

يوفر نظام التحكيم للأطراف المحتكمين مزاياه المؤكدة ، والتى تعجز محاكم القضاء العام فــى الدولة عن توفيرها لهم ، مع عدم إهماله للضمانات ، واعتبارات الأمن المرعية من تلك المحاكم

---

[2] فى بيان مزايا نظام التحكيم ، أنظر :

FOUSTOUCOS : L'arbitrage interne et international en droit prive Hellenique , Litec , Paris , 1976 , N . 2 , P . 3 , 4 ; R . DAVID : DAVID (R .) : Arbitrage du XII et arbitrage du XX siecle , Melanges offerts a SAVATIER , Dalloz , Paris , 1965 , P. 219 et s ; L'arbitrage dans le commerce international , Economica , 1981 , N . 19 , P . 28 .

وانظر أيضا : محسن شفيق – التحكيم التجارى الدولى – دروس ألقيت على طلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٧٣ – بند ٢١ ، ومايليه ، ص ١٧ ، ومابعدها ، ثروت حبيب – دروس فى قــانون التجارة الدولية – ١٩٧٥ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٠٠ ، ١٠١ ، وجدى راغب فهمــى – نظام التحكيم فى قانون المرافعات الكويتى – بحث برنامج الدورات التدريبية بكلية الحقوق – جامعــة الكويت – ١٩٩٣ – ص ٢ ، ٣ ، مفهوم التحكيم ، وطبيعته – مقالة مقدمة فى ندوة التحكيم المــنعقدة بكلــية الحقوق – جامعة الكويت – ص ٨ ، ومابعدها ، محمود محمد هاشم – قواعد التنفيذ الجــبرى ، وإجراءاته – بند ١٠٧ ، ص ٢١٢ ، أحمد محمد مليجى موسى – التنفيذ وفقا لنصوص قانون المــرافعات ، معلقا عليها بآراء الفقه ، وأحكام النقض – ١٩٩٤ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١٧٥ ، ص ٢٠٧ ، مخــتار أحمــد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – دراسة خاصة للقانون المصرى الجديــد بشأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٤ ، ومايليه ، ص ٨ ، ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح – ص ٢٧ ، ومابعدها ، هشام عــلى صــادق – القــانون الواجــب التطبيق على عقود التجارة الدولية – ١٩٩٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١٢٥ ، ص ١٥١ ، ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول – أصول التفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بــند ١٣٥ ، على بركات – خصومة التحكيم فى القانون المصرى ، والقانون المقارن – رسالة مقدمة لنــيل درجــة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٩٦ – ومنشورة سنة ١٩٩٦ – دار النهضــة العربــية بالقاهرة ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٣ ، ٤ .

نظـــام التحكـــيم هـــو أداة فعالة للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولايـــة القضـــائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، والتى يمكن أن تنشأ بيـــن الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فيها :

نظـــام التحكيم هو أداة فعالة للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقـــررة للقضـــاء العام فى الدولة ، والتى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فيها ، لأن مهمة التحكيم يتم إسنادها إلى أفراد عاديـــين ، أو أشخاص غير قضائية ، يطلق عليهم : " **هيئة تحكيم** " ، ويجرى اختيارهم بواسطة أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إنطلاقا من الثقة التى يتمتعون بها ، فى قدرتهم على حسم النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو انطلاقا من التخصص الفـــنى ، والـــذى قـــد لايتوافر لغيرهم ، مما يجعلهم أقدر من الآخرين على فهم المسائل المعروضة عليهم ، والفصل فيها .

تكـــون إجـــراءات التحكيم مبسطة ، ولاتماثل الإجراءات القضائية العادية ، وتبعد عن الشكلية :

كـــان من شأن زيادة معدل التجارة ، واتساع سوقها ، نتيجة لزيادة ، وسهولة المواصلات عـــبر الحدود ، وعدم ملاءمة التنظيمات القضائية ، والقوانين الوضعية ، للفصل فيماينشأ عـــنها من منازعات ، أن انتشر التحكيم كبديل للقضاء العام فى الدولة ، لما يتميز به من تحـــرر الأطراف المحتكمين من القيود التى قد تفرضها النظم القانونية الوضعية لمختلف الـــدول - **ذات الإتجاهـــات ، والمذاهب المختلفة** . فالتحكيم إجراءاته مبسطة ، ولاتماثل الإجـــراءات القضـــائية العادية ، وتبعد عن الشكلية ، وتخلص نظام التحكيم من الشكليات القضـــائية ، هـــو الذى ترجع إليه معظم مزاياه - **سواء على الصعيد الدولى** [1] ، **أم على**

١- عـــرف التحكيم التجارى الدولى بأنه : " إتفاقا بين طرفين يرد بشرط فى العقد الأصلى ، أو بعقد مستقل ، ويتضمن إحالة نزاع محتمل الوقوع بينهما إلى هيئة تحكيم ، للفصل فيه ، وفق أحكام قانون يتم الإتفاق على تعيينه فى هذا الشرط ، أو وفق قواعد تضعها هيئات ، ومراكز التحكيم المنتشرة فى جميع أنحاء العالم ، أو يترك أمر تعيين هذه القواعد من قبل هيئة التحكيم ، على أنه - وفى بعض الأحيان - قد يترك لهـــذه الهيئة أمر الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وفق قواعد العدالة - والتى لاتنتمى إلى

الصـــعيد الداخلـــى - ولكـــن التبســـيط لايصح أن يكون على حساب ضمانات التقاضى الأساســـية . **وأهمهـــا** : تمكيـــن الخصوم فى التحكيم من إبداء وجهة نظرهم ، دفاعهم ، ودفوعهـــم بشكل كاف ، فهيئة التحكيم وإن أعفيت من التقيد بإجراءات التقاضى العادية ، إلا أنهـــا تلتزم بمراعاة الضمانات الأساسية للتقاضى . خاصة ، ماتعلق منها بمبدأ حرية الدفـــاع ، والمواجهـــة بيـــن الخصوم فى إجراءات التحكيم . فضلا عن مراعاة القواعد الأخرى الخاصة بنظام التحكيم [1] .

يـــتفادى أطـــراف العلاقـــات الخاصـــة من خلال نظام التحكيم تعدد درجات التقاضى ، وبطء الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن طريق القضاء العام فى الدولة :

يوفـــر التحكيم الوقت [2] ، حيث يتفادى أطراف العلاقات الخاصة من خلاله تعدد درجات التقاضى ، وبطء الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن طريق القضاء العام فى الدولة ، والذى لايفصل فيه إلا إذا جاء دوره ، وبعد أن ينال من التأجيلات مالا يتسع معـــه صدور الخصوم ، وما لايتفق مع مصلحتهم فى كثير من الأحيان [3] . ولهذ ، فإن

دولـــة معيـــنة - بما يعنى أنها غير مقيدة بأية قواعد ، سواء فى إجراءات التحكيم ، أو فى موضوع النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم " ، أنظر :

FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international , Dalloz , 1965 , Paris , N . 2 ; DAVID RENE : L'arbitrage dans le commerce international , Economica , 1982 , Paris , P . 9 .

وقـــارب : أبو زيد رضوان - الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ١٠١ .

(١) أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ١٩٩٠ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٨١ ، ومايليه ، قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته - بند ١٠٧ ، ص ٢١٢

(٢) وإن كانت ميزة نظام التحكيم فى توفير الوقت قد لاتتوافر فى بعض الأحيان ، لأن قضايا التحكيم قد يطول فى بعض الأحيان نظرها إلى بضع سنوات .

(٣) أنظـــر : محمـــد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - الجزء الأول - ط١ - ١٩٧٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٩٧ .

نظام التحكيم يحظى فى مجال المعاملات التجارية . وخاصة ، الدولية منها بسمعة كبيرة ، بعـد أن أصبح من غير الميسور على القضاء العام فى الدولة أن يفصل فى المنازعات الـتى يمكـن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات فى وقت قصير ، وبعد أن تعقدت شئون الحـياة ، وزادت مشاكلها ، حيث يلجأ أطراف العقود التجارية إلى نظام التحكيم ، للفصل فـى المـنازعات الـتى يمكن أن تنشأ بمناسبة تنفيذها ، أو تفسيرها ، وفى مدة قصيرة ، تجعلهم يتفرغون لتجارتهم ، بدلا من إضاعة الوقت أمام القضاء العام فى الدولة ، لمدد قد تصل فى بعض الأحيان إلى عدة سنوات .

فقـد يطـول نظـام التقاضى داخل الدولة بشكل لاتحتمله طبيعة التجارة ، والتى تحسب حسـابا لثمـن السـاعة ، الدقيقة ، والثانية ، فالدعوى أمام القضاء العام فى الدولة تمر بمراحل متتالية ، بين المحكمة الإبتدائية ، المحكمة الإستئنافية ، ومحكمة النقض ، وربما اسـتخدمت إشـكالات التنفيذ ، كوسيلة لتعطيل تنفيذ أحكام القضاء العام فى الدولة [١] . وعلى العكس من ذلك ، فإن نظام التحكيم يمر عادة بدرجة واحدة من هذه الدرجات ، هى العرض على هيئة التحكيم [٢] .

يحقـق نظـام التحكـيم للمعاملات التجارية . وخاصة ، الدولية منها مزايا السرية ، حيث تكون جلساته سرية ، ويتفادى بذلك العلانية التى تتسم بها أحكام القضاء العام فى الدولة :

قـد لاتـتوافق الأنظمـة القانونية الوضعية مع متطلبات المعاملات التجارية . وخاصة ، الدولية منها ، حيث أن طبيعة هذه المعاملات التجارية تتطلب الفصل فى المنازعات التى يمكـن أن تنشـأ بيـن الأفراد ، والجماعات بمناسبتها فى سرية ، أو بأقل قدر ممكن من العلانية ، والنشر ، حيث أن هذه السرية تعد فى الواقع إحدى الضمانات الهامة للشركات

---

(١) أنظـر : عـبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ط٢ – ١٩٢٣ – مطبعة الإعتماد بالقاهرة – ص ١١٨ ، أحمد حسنى – عقود إيجار السفن – ١٩٨٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٢٦٥ .

(٢) تشـترط غرفة التجارة الدولية بباريس على الطرفين أن يتنازلا مقدما عن كل طريق للطعن فى حكم التحكيم ، يمكنهم التنازل عنه مقدما ، أنظر : محيى الدين إسماعيل علم الدين – منصة التحكيم التجارى الدولى – الجزء الأول – ١٩٨٦ – شركة مطابع العنان بالقاهرة – ص ٩ – القاعدة رقم (١) .

المتنازعة ، ذات السمعة العالمية ، والشهرة الكبيرة ، حيث تعتمد فى معاملاتها أساسا علـى الثقة فيها ، والبعد عن المشاكل ، والإعلان ، والنشر الازمين لأحكام القضاء العام فـى الدولة يكونان بمثابة أضرار بالغة فى مجال المعاملات التجارية . وخاصة ، الدولية منها ، حيث تكون قيمة العقود المتعلقة بها كبيرة جدا ، ويتعذر إخفاء نوع المعاملة بين الأطراف ذوى الشأن ، حجم النزاع ، ومقدار الأموال التى يتعلق بها .

فـيحقق نظـام التحكيم للمعاملات التجارية . وخاصة ، الدولية منها مزايا السرية ، حيث تكـون جلسـاته سـرية ، ويـتفادى بذلك العلانية التى تتسم بها أحكام القضاء العام فى الدولـة [1] ، فـلا تجد مايتم خلال جلسات التحكيم من مناقشات ، وأوجه دفاع سبيلا إلى النشـر ، والعلانـية ، مالم يرغب أطراف التحكيم ذلك ، محافظة منهم على أسرارهم ، والـتى قد يكون لهم مصلحة فى عدم إذاعتها . إذ لايلزم أن تكون جلسات هيئة التحكيم ، أو النطق بحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم علانية . بعكس الحال بالنسبة لجلسات القضاء العام فى الدولة ، وأحكامه القضائية الصادرة فى الدعاوى القضائية المعروضة عليه ، إذ أن الأصل فيها هو العلانية .

فيسمح نظام التحكيم بأن يحتفظ بالأسرار العائلية ، وأسرار الأعمال ، حيث يحفظ أسرار الأطـراف المحتكميـن ، فـلا يضـطلع عليها سوى أعضاء هيئة التحكيم ، والمحامون المدافعـون عـنهم ، وهـؤلاء يلتزمون بالمحافظة على أسرار المهنة ، فلا يمكن لهم أن يذيعـوا موضوع النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه ، وتفاصيله . ولذلك تحـرص الأطـراف المتعاقدة فى المسائل التجارية على تشكيل هيئة تحكيم خاصة بهم ، للفصـل فـى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو على الإلتجاء إلى مراكز التحكيم المتخصصـة ، والمنتشـرة فى جميع أنحاء العالم - **كغرفة التجارة الدولية بباريس ، أو محكمـة تحكـيم لندن ، وغيرها من المراكز المتخصصة** - لتشكيل هيئة تحكيم ، تتولى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بصفة سرية ، وعند نشر المبادئ القانونية الخاصـة بحكـم التحكيم الصادر فيه ، يراعى الإقتصار على ذكر المبادئ القانونية التى

---

[1] أنظـر : فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٢ ، ص ٤١ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ٩٧ .

يثـيرها النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، دون ذكر أسماء الأطراف المحتكمين ، أو قد تنشر أسماؤهم ، إذا أذنوا هم فى ذلك [1] .

يتيح نظام التحكيم للأطراف المحتكمين إنتقاء هيئة تحكيم ممن لديهم الخبرة الكافـية ، والتكويـن المهـنى ، والتخصص فى الفصل فى نوع معين من المنازعات ، والتى يمكن أن تنشأ بينهم . ومن ثم ، يمكن عن طريق نظام التحكيم تفادى مايوجه إلى نظام القضاء العام فى الدولة من عدم التخصص فى نوع معين من المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات ، أو اعـتمادهم بصـفة مطلقـة على ماينتهى إليه رأى الخبير المنتدب فى الدعـوى القضـائية المعروضة عليهم ، للفصل فيها ، دون مناقشة ، أو تعديل :

يتـيح نظـام التحكـيم للأطراف المحتكمين إنتقاء هيئة تحكيم ممن لديهم الخبرة الكافية ، والتكويـن المهـنى ، والتخصص فى الفصل فى نوع معين من المنازعات التى يمكن أن تنشـأ بيـنهم [2] ، حيث تكون هيئة التحكيم - **وفى الغالب من الأحوال** - متخصصة فى المنازعات التى يطلب منها الفصل فيها ، ولديها من الخبرة الفنية مايمكنها من ذلك ، دون حاجـة إلـى انتداب الخبراء ، كما يحدث عادة أمام جهات القضاء العام فى الدولة ، إذا عرضـت مسألة فنية لايمكن للقاضى أن يبدى رأيه فيها [3] ، فيمكن للأطراف المحتكمين أن يراعوا عند اختيار هيئة التحكيم درجة التخصص المطلوبة فى النزاع موضوع الإتفاق علـى التحكيم ، وهذه ميزة قد لاتتوافر فى القضاء العام فى الدولة ، حيث ينظر القاضى العام فيها - **كقاعدة** - كل أنواع المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات داخـل الدولة ، دون أن يكون متخصصا فى نوع معين منها . وبذلك ، يمكن عن طريق

---

(١) فى بيان دور نظام التحكيم فى الحفاظ على سمعة الأطراف المحتكمين ، وأسرار معاملاتهم ، أنظر : وجـدى راغـب فهمى - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - مقالة ألقيت فى الدورة التدريبية للتحكيم - جامعة الكويت - كلية الحقوق - ١٩٩٢/ ١٩٩٣- ص ٤ ، ومابعدها .

(٢) أنظر : فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - ص ١٩٨ .

(٣) أنظر : أحمد حسنى - عقود إيجار السفن - بند ٢٧٤ ، ص ٢٦٦ .

نظام التحكيم تفادى مايوجه إلى نظام القضاء العام فى الدولة من عدم التخصص فى نوع معيـن من المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات ، أو اعتمادهم بصفة مطلقـة على ماينتهى إليه رأى الخبير المنتدب فى الدعوى القضائية المعروضة عليهم ، للفصل فيها ، دون مناقشة ، أو تعديل . ولعل هذا مادفع ببعض الدول إلى تشكيل المحاكم القضـائية فى المنازعات التجارية التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات فيها من التجار [1] .

نظـام التحكيم هو الوسيلة المثلى للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات فى العلاقات الدولية الخاصة . خصوصا ، مع نمو العلاقات التجارية الدولية ، وزيادة عدد المشروعات ، والشركات الدولية ، لأنه بعرضها على هيئة تحكيم خاصة محايدة ، لاتنتمى بوجه خاص لجنسية معيـنة ، للفصـل فـيها ، يبعث على الثقة فيها ، وفى أحكام التحكيم التى تصدرها بشأنها :

نظـام التحكيم هو الوسيلة المثلى للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعـات فـى العلاقـات الدولـية الخاصة . خصوصا ، مع نمو العلاقات التجارية الدولـية [2] ، وزيـادة عدد المشروعات ، والشركات الدولية ، لأنه بعرضها على هيئة تحكيم خاصة محايدة ، لاتنتمى بوجه خاص لجنسية معينة ، للفصل فيها ، يبعث على الثقة فيها ، وفى أحكام التحكيم التى تصدرها بشأنها [3] .

---

(1) أنظـر : محيى الدين إسماعيل علم الدين – منصة التحكيم التجارى الدولى – القاعدة رقم (١) – ص ٩ .

(2) التجارة الدولية هى : نشاطا يتعلق بالتداول الحر للثروات ، وعمليات الإنتاج ، بين حدود أكثر من دولة ، وقد ارتبط هذا النشاط إبتداء بالمبادرات الفردية للأشخاص ، ثم اعتمد فى الوقت الحاضر على قوة استغلال رأس المال الخاص ، والذى تحكمه قواعد المنفعة ، وتحقيق الربح ، أنظر : سلامة فارس عزب – دروس فى قـانون التجارة الدولية " ماهيته ، مصادره ، دوافع وجوده ، ومنظماته " – ٢٠٠٠ – بدون دار نشر – ص ٥ .

(3) أنظر : أسامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٩٠ – ص ٧ ، ومابعدها .

وتــدل التجربة على أن قبول ، وتنفيذ أحكام التحكيم من جانب الأطراف المحتكمين يكون أيســر مـــن قبولهم ، وتنفيذهم لأحكام القضاء العام فى الدولة ، نظرا لما تتمتع به أحكام التحكيم من ثقة فى مجال المعاملات الوطنية ، والدولية على حد سواء [1] .

ويكاد يجمع الفقه على أن غالبية منازعات عقود التجارة الدولية يتم الفصل فيهاعن طريق الإلـــتجاء إلـــى نظـــام التحكيم [2] ، فهيئات التحكيم الدولية تعد فى الغالب هى القاضى الطبــيعى للفصــــل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات فى نطاق عقـــود التجارة الدولية . لذلك ، كان طبيعيا أن يضع أنصار قانون التجارة الدولية أحكام التحكيم على رأس مصادره [3] .

فيسعى قضاء التحكيم دائما إلى إيجاد الحلول الذاتية التى تلاءم معاملات ، وعقود التجارة الدولـــية ، عـــن طـــريق إرساء بعض العادات ، أو القواعد التى لانظير لها فى الأنظمة القانونـــية الوضعية ، فهو يعطى قوة للعادات المتبعة فى الأوساط المهنية ، ويساعد على تحديـــد مضمونها . بل ، ويساهم فى خلق عادات جديدة ، عن طريق تكرار الحلول التى يعـــتمدها للمشـــاكل التى تصادف إبرام العقود الدولية ، بحيث يصير القانون الموضوعى للتجارة الدولية - **ومع مرور الزمن** - مستوحى - **وفى معظمه** - من السوابق التحكيمية ، والتى تتبلور فيه القواعد الملائمة لحل مشاكل تلك العقود [4] .

يحـــافظ نظـــام التحكيم على حسن العلاقات بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة :

يـــؤدى نظـــام التحكيم إلى المحافظة على حسن العلاقات بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولـــة ، ذلـــك أن الأطراف المحتكمين وباتفاقهم على اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى

---

[1] أنظـــر : أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - رسالة مقدمـــة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٧٩ - ص ١٨٣ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ٩٨ .

[2] أنظر : سلامة فارس عزب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ص ٩٠ .

[3] أنظر : سلامة فارس عزب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ص ٩٠ ، ومابعدها .

[4] أنظر : سلامة فارس عزب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ص ٩٠ ، ٩١

المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية المقررة للقضاء العام فى الدولة إنما يمنحون هيئة تحكـيم - وفـى بعـض الأحيان ، وحسب مقاصدهم - إمكانية القيام بدور الوسيط ، أو الموفق ، وهو - أى **نظام التحكيم** - من هذه الوجهة ، يكون قريبا من نظام الصلح ، أو التوفـيق (١) ، مما يحافظ على حسن العلاقات بينهم ، فهو ليس طريقا هجوميا ، وإنما هو أقـرب إلـى التفاهم بينهم (٢) ، فهم يتفقون على عرض موقفهم على هيئة تحكيم ، وبعد الفصـل فى النزاع ، تستمر العلاقات غالبا بينهم على الأساس الذى قدرته هيئة التحكيم . وعلـى العكس من ذلك ، فإنه وعند عرض المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعـات على القضاء العام فى الدولة ، للفصل فيها ، قد تستخدم بعض أساليب الكيد بين الأطراف المتنازعة ، وتنتهى المسألة إلى حد الاعودة للعلاقات بينهما . ولذلك ، يقول الـبعض - **وبحـق** - إن الأطراف المتنازعة تتوجه إلى ساحات القضاء العام فى الدولة وهم ينظرون إلى الوراء ، بينما يتوجهون إلى نظام التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام (٣)

عـادة مـا يكـون نظـام التحكيم قليل النفقات ، والإلتجاء إليه للفصل فى منـازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، والتى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فيها يعد استثناء روعى فيه تحقيق الرغبة فى تجنب كثير من النفقات ، والتى يتكبدونها عند التجائهم إلـى القضاء

---

(١) أنظر :

MOTULSKY (H .) : Ecrits , etudes et notes sur l'arbitrage , Dalloz , 1974 , Paris , P . 29 et s .

(٢) أنظـر : محيى الدين إسماعيل علم الدين - منصة التحكيم التجارى الدولى - القاعدة رقم (١) - ص ٨ .

(٣) أنظر : محيى الدين إسماعيل علم الدين - منصة التحكيم التجارى الدولى - القاعدة رقم (١) - ص ٩ .

العام فى الدولة ، للفصل فيها :

عادة ما يكون نظام التحكيم قليل النفقات [1] ، والإلتجاء إليه للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعــات داخل الدولة ، والتى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فــيها يعد استثناء روعى فيه تحقيق الرغبة فى تجنب كثير من النفقات ، والتى يتكبدونها عــند الــتجائهم إلــى القضاء العام فى الدولة ، للفصل فيها [2] . فنظام التحكيم لايتطلب رســوما ، أو أتعاب محامين ، كما فى إجراءات التقاضى أمام القضاء العام فى الدولة ، وفــى كــل درجة تؤدى مصاريف ورسوم ، وأتعاب محاماة ، وغير ذلك من النفقات ، فضلا عن طول الإنتظار ، ومايصحبه من تدهور قيمة النقود .

قد تعفى هيئة التحكيممن الإلتزام بتطبيق قواعد القانون الوضعى ، والحكم بمقتضى قواعد العدالة ، مما يمنحها حرية أكثر من القاضى العام فى الدولة عند تحديدها للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، وعلى إجراءات التحكيم :

قد تعفى هيئة التحكيم من الإلتزام بتطبيق قواعد القانون الوضعى ، والحكم بمقتضى قواعد العدالة ، مما يمنحها حرية أكثر من القاضى العام فى الدولة عند تحديدها للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، وعلى إجراءات التحكيم ، فلا تتقيد إلا بالضمانات الأساسية للتقاضى ، وبالقواعد الأمرة فى الدولة التى يجرى فيها التحكيم عادة .

وإذا لم يقيد الأطراف المحتكمون هيئة التحكيم بقواعد قانون معين ، تطبقه على موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، فإنه يمكنها أن تختار القانون الذى تراه ملائما فى هــذا الشــأن ، لكــى يحكم موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، وإجراءات

---

(1) أنظر : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٩١٨ .

(2) أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد – التنفيذ علما ، وعملا – ط٢ – ١٩٢٧ – مطبعة كلية الآداب بالقاهــرة – بــند ٩٤١ ، ص ٧٣٠ ، ٧٣١ . محمــد ، وعــبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن – ١٩٥٧ – مكتبة الآداب بالقاهرة – بند ٢٣٦ ، ص ٢٩٠ ، محيى الدين إسماعيل علم الدين – منصة التحكيم التجارى الدولى – القاعدة رقم (١) – ص ٨ ، أحمد ماهــر زغلــول – أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ، ص ٢٢٤ .

التحكيم ، بل وقد تطبق هيئة التحكيم قواعد العدالة ، ومايستوجبه ضميرها ، دون أن يكون منصوصا عليها فى قانون وضعى معين ، ينتمى لدولة معينة . بل ولقد وصل الأمر - وفى بعض الأحيان - إلى تطبيق قواعد ، وأعراف التجارة الدولية - والتى لاتخص دولة معينة - والتى تسير عليها المعاملات الدولية ، دون أن تكون لها صفة إلزامية .

عيب على نظام التحكيم أنه يؤدى إلى حرمان الأطراف المحتكمين من الضمانات التى يحاط بها عمل القاضى العام فى الدولة ، وقلة خبرة هيئة التحكيم عن خبرة القاضى العام فى الدولة ، وعدم كفاية الرقابة على أعمالها ، وكثرة نفقات نظام التحكيم :

عيب على نظام التحكيم أنه يؤدى إلى حرمان الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من الضمانات التى يحاط بها عمل القاضى العام فى الدولة الحديثة ، وقلة خبرة هيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن خبرة القاضى العام فى الدولة الحديثة ، وعدم كفاية الرقابة على أعمالها ، وكثرة نفقات نظام التحكيم [1] .

موضوع الدراسة :

يحتاج نظام التحكيم إلى دراسة متأنية ، ومتخصصة ، لإجلاء الغموض الذى يكتنف بعض جوانبه ، تتعرض بالبحث ، والتحليل للأسئلة المطروحة أمام الفقه ، وأحكام القضاء فى العديد من القضايا ، والمشكلات العملية التى قد تمس موضوع التحكيم . وخاصة ، أن العديد من جوانب نظام التحكيم توجد بشأنها اختلافات فى وجهات النظر فى الأنظمة القانونية الوضعية ، الفقه ، وأحكام القضاء ، منها مايتعلق بطبيعة نظام التحكيم القانونية ، لما قد أثير من جدل فى الفقه ، وأحكام القضاء فى هذا الشأن ، وتعدد مذاهبه . فمن قائل أن نظام التحكيم يغلب عليه الصفة التعاقدية ، لأنه يتم بإرادة الأطراف المحتكمين ، ولأن

---

[2] فى بيان عيوب نظام التحكيم ، أنظر : أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٧٩ - ص ١٨٣ ، إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - ١٩٨٦ - ص ١٥ - الهامش رقم (٤) ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٣ ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٨ ، ص ١٢ ، ١٣ .

لهــذه الإرادة ســلطانا فى شأن سلطة هيئة التحكيم ، واختصاصاتها ، وفى شأن تطبيقها لقواعد القانون ، أو لقواعد العدالة على موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، وفــى شأن تعيين هيئة التحكيم ، وفى شأن إمكان تنازل الأطراف المحتكمون عن الطعن فى حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . ومن قــائل أن نظــام التحكيم يحتل مركزا وسطا بين التعاقد ، والقضاء . ومن قائل أن نظام التحكيم له طبيعة خاصة ، وأنه يجب النظر إليه نظرة مستقلة ، ولايمكن تفسيره فى ضوء المبادئ التقليدية ، لمحاولة ربطه بالعقد ، أو بالحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولــة . ومــن قــائل أن نظام التحكيم يغلب عليه الصفة القضائية ، باعتبار أنه يخضع لقواعــد قــانون المرافعات المدنية ، والتجارية - **من حيث آثاره ، نفاذه وإجراءاته** - وحكمــه يطعن فيه فى كثير من النظم القانونية الوضعية كما يطعن فى الأحكام القضائية الصادرة من جهات القضاء العام فى الدولة ، وينفذ كما تنفذ .

وكثــيرا مايؤدى الحديث عن رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكــيم ، للفصــل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فيها إلى إثارة العديد من المشكلات العملية ، حيث يجب أن ينصب رضاء الأطراف ذوى الشــأن حقيقة ، ومن غير لبس ، أو غموض على اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى المــنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، دون غــيره مــن النظم القانونية الأخرى التى قد تختلط به فى الممارسة العملية - **كالخبرة ، الصــلح ، الوكالــة ، وغــيرها** - والــتعرض بالبحث ، والتحليل لمختلف المعايير التى اعتمدها الفقه ، وأحكام القضاء ، من أجل الوصول إلى معيار وإن لم يكن حاسما للتمييز بيــن تلك الأنظمة القانونية المختلفة ، فإنه - **وعلى الأقل** - يضع حدا للمشكلات العملية التى ظهرت فى هذا الشأن .

كمــا يثــير الحديــث عــن السلطة ، والأهلية الازمتين للإتفاق على التحكيم العديد من المشكلات العملية . وبصفة خاصة ، اختلاف الفقه ، وأحكام القضاء فى هذا الشأن .

ويؤدى الحديث عن منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، والتى تدخل أصلا فى الولايــة القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، والتى يجوز الفصل فيها عن طريق نظــام التحكــيم ، والمنازعات التى لايجوز أن تكون موضوعا لاتفاقات التحكيم - **والتى تقوم فى مجموعها على حظر الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بالــنظام العام فى الأنظمة القانونية الوضعية** - إلى التعرض لاجتهادات أحكام القضاء ،

لإعطـــاء فكرة النظام العام فى نطاق نظام التحكيم مفهوما معينا - **والذى ضاق أحيانا ، واتسع فى أحيان أخرى .**

كما أن الحديث عن تعيين هيئة التحكيم كأحد أركان الإتفاق على التحكيم ، وشروط صحته يثـــير العديد من المشكلات العملية التى قد تحدث بمناسبة النصوص القانونية التى وردت فـــى الأنظمة القانونية الوضعية ، والمنظمة لكيفية إجراء هذا التعيين ، وجزاء تخلفه ، أو حـــدوث عائقا يحول دون تكوين هيئة التحكيم ، أو قيامها بمباشرة مهمة التحكيم المعهود بها إليها من قبل الأطراف المحتكمين ، ومدى سلطة القضاء العام فى الدولة فى المساعدة فـــى تكوينها ، عند وجود عائقا من العوائق المشار إليها ، وحدود تلك السلطة ، وتفسير الفقه ، وأحكام القضاء لنطاقها .

لأجـــل ذلك - **وبالرغم من أن موضوع التحكيم قد تناولته العديد المؤلفات القانونية من زوايـــا مختلفة** - إلا أننا وجدنا أن ذلك لايحول دون تناول موضوع مفهوم الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم ، والوسيلة الفنية لإعماله " **الدفع بالتحكيم** " ، والخلاف الفقهى بصدد تحديـــد طبيعـــتها ، تحقيقا لمزيد من الفائدة العملية ، والتى أرجو أن يوفقنى الله - **تبارك وتعالى** - إلى تحقيقها ، فيرتب الإتفاق على التحكيم آثارا قانونية عديدة فى ذمة عاقديه ، وأهمها : الأثر الإيجابى ، والأثر السلبى ، ويتمثل الأثر الإيجابى للإتفاق على التحكيم فى الـــتزام طرفيه بعرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفـــراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، لإصدار حكم تحكيم ، يكون ملزما لهما ، دون المحكمـــة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، ويكون الإتفاق على التحكيم بذلـــك قد أثبت سلطة لهيئة التحكيم ، وهو أمرا إستثنائيا أجازه القانون ، لمخالفته لقواعد آمـــرة ، وهى قواعد توزيع ولاية القضاء العام فى الدولة ، ولولا اعتراف القانون بنظام التحكـــيم ، لمـــا كـــان من الممكن أن يكون الإتفاق على التحكيم صحيحا ومنتجا لآثاره القانونـــية . بينما يتمثل الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم فى منع عرض النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيم على القضاء العام فى الدولة ، ومنع هذا القضاء من الفصل فيه ، فـــيؤدى الإتفاق على التحكيم إلى منع القضاء العام فى الدولة من نظر النزاع المتفق على الفصـــل فيه عن طريق نظام التحكيم ، وهذا الأثر المانع يترتب على مجرد الإتفاق على التحكيم ، وليس على رفع الأمر بالفعل إلى القضاء العام فى الدولة . كما أن منع القضاء العـــام فـــى الدولة من نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايكون إلا إذا كان تنفيذ التحكـــيم ممكـــنا ، فـــإذا استحال عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على هيئة التحكيم ، كان لصاحب الشأن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة .

ولايـــؤدى الإتفـــاق على التحكيم إلى السلب المطلق لسلطة القضاء العام فى الدولة ، فى خصـــوص المسائل التى ورد بشأنها الإتفاق على التحكيم ، فيظل للقضاء العام فى الدولة دورا فى خصوص الإتفاق على التحكيم ، والمسائل التى ورد فى شأنها ، سواء فى اختيار أعضـــاء هيـــئة التحكـــيم ، أوفى تذليل العوائق التى تعترض مباشرتهم لمهمتهم ، أوفى إجراءات تحقيق الدعوى أمامهم ، أوفى رقابة مدى التزامهم بأحكام القانون ، أوفى الأمر بتنفيذ مايصدرونه من أحكام .

كما لاتتمتع هيئة التحكيم بسلطة الجبر التى يتمتع بها القاضى العام فى الدولة . ومن ثم ، فإنه لايمكنها إتخاذ الإجراءات التالية ، ولايكون أمامها عندئذ سوى الإلتجاء إلى القاضى العـــام فـــى الدولة ، لاتخاذها : إجبار شاهد على الحضور ، والحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور ، أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المقررة قانونا ، إجبار الغير على تقديم مستندات تحت يده ، توجيه اليمين - **بناء على طلب أحد الخصوم فى التحكيم** - إلى الخصم الآخر ، وطلب الإنابة القضائية .

فالإتفـــاق على التحكيم يمنع القضاء العام فى الدولة من نظر النزاع المتفق على الفصل فـــيه عـــن طريق هيئة التحكيم ، بدلا من المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضـــوعه ، ويخـــول المدعى عليه دفعا بذلك ، وهو مايسمى بالدفع بوجود الإتفاق على التحكـــيم ، فـــالدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو أداة التمسك بالجانب السلبى للحق فى التحكـــيم ، فهـــو الوســـيلة التى يخولها القانون للمدعى عليه أمام القضاء العام فى الدولة للتمســـك بوجـــود الإتفاق على التحكيم . ومن ثم ، حقه فى الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بغرض منع القضاء العام فى الدولة من الســـير فـــى إجراءات الفصل فيه ، فباتفاق الأطراف المحتكمين على الإلتجاء إلى نظام التحكـــيم ، للفصـــل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العـــام فى الدولة ، فإنه يمتنع عليهم الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، للفصل فيها ، كمـــا أنهم وباتفاقهم على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، يمنعون القضاء العام فى الدولة من نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا رفع إليه من قبل أحدهم ، إذ يكون للطرف الآخـــر فـــى الإتفاق على التحكيم أن يدفعها بوجود الإتفاق على التحكيم ، وعلى القضاء العام فى الدولة متى تبين له جدية الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، وابتنائه على صحيح القانون ، أن يمتنع عن نظر هذا النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وقـــد ثار الخلاف فى الفقه ، وأحكام القضاء حول تحديد الطبيعة القانونية للدفع بالتحكيم ، وهل هو دفعا بعدم الإختصاص ؟ . أم دفعا بعدم القبول ؟ . أم أنه غير ذلك ؟ . فمن قائل

أنـــه دفعا بعدم الإختصاص . ومن قائل أنه دفعا بعدم القبول . ومن قائل أنه غير ذلك ، وقد انعكس هذا الخلاف فى لغة التشريع المقارن ، وحل مسألة طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم لاتقتصر على الأهمية النظرية فقط ، بتحديد إلى أى نوع من أنواع الدفوع ينـــتمى الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، وإنما هذا الأمر تكون له أهمية عملية بالغة ، من حيث تحديد القواعد التى يخضع لها الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، من حيث وقت إبدائه ، وقت الفصل فيه ، وقوة الحكم القضائى الصادر فيه ، وهل يخضع فى ذلك لقواعد الدفـــوع الإجرائـــية ؟ أم لقواعد الدفوع بعدم القبول ؟ ، ذلك لأن كل نوع من الدفوع له قواعد خاصة تحكمه ، باعتبار أن الدفع بعدم الإختصاص يدخل فى طائفة الدفوع الشكلية ، أو الدفـــوع الإجرائـــية البحتة ، وهى تقابل الدفوع الموضوعية . بينما يعد الدفع بعدم القبول نوعا ثالثا من الدفوع ، ويخضع كل نوع من هذه الدفوع لقواعد قانونية خاصة به .

فـــالدفع الإجـــرائى يجب أن يبدى قبل الكلام فى موضوع الدعوى القضائية ، إذ توجب المـــادة (١٠٨) من قانون المرافعات المصرى إبداء الدفوع الإجرائية معا قبل التكلم فى موضوع الدعوى القضائية ، أو الدفع بعدم القبول ، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ، كما يجب إبداء مالم يسقط منها فى صحيفة الطعن ، مالم يكن الدفع متعلقا بالنظام العام .

كما أن لكل نوع من أنواع الدفوع الإجرائية ، والدفوع بعدم القبول أحكاما خاصة بها من حيث وقت الفصل فيها ، فتفصل المحكمة فى الدفع الإجرائى على استقلال ، وقبل الفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، إلا إذا رأت أن الدفع يرتبط بموضوع الدعوى القضائية ، فإنها تقرر ضمه .

بيـــنما تكـــون المحكمة غير ملزمة بأن تفصل فى الدفع بعدم القبول على استقلال ، وإنما تفصل فيه مع موضوع الدعوى القضائية .

ولكل نوع من أنواع الدفوع الإجرائية ، والدفوع بعدم القبول أحكامه الخاصة ، من حيث قوة الأحكام القضائية الصادرة فيها ، فالحكم القضائى الصادر فى الدفع الإجرائى لايستنفد ســـلطة محكمـــة أول درجة بالنسبة لموضوع الدعوى القضائية ، لأنه غير فاصل فيه ، ولايمنع من أن ترفع الدعوى القضائية من جديد . ولذا ، فإنه إذا ألغته المحكمة الإستئنافية ، فإنها لاتفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، وإنما تعيد القضية لمحكمة أول درجة ، للفصـــل فـــيه ، حتى لاتفوت على المتقاضين إحدى درجتى التقاضى ، بالنسبة لموضوع الدعوى القضائية . بينما يستنفد الحكم القضائى الصادر فى الدفع الموضوعى من محكمة أول درجة سلطتها ، فإذا ألغته محكمة الإستئناف ، فإنها تنظر موضوع الدعوى القضائية ، والذى سبق وأن فصلت فيه محكمة أول درجة . أما فيما يتعلق بالحكم القضائى الصادر

مــن المحكمة بعدم قبول الدعوى القضائية ، فإن المسألة تكون محل خلاف ، فيما يتعلق باســتنفاده لسلطة محكمة أول درجة فى موضوع الدعوى القضائية – من عدمه ، فبينما تصــر محكمة النقض المصرية – **وقد أيدها فى ذلك جانب من الفقه** – على أنه يستنفد سـلطة محكمــة أول درجــة فــى موضوع الدعوى القضائية ، بحيث إذا ألغته المحكمة الإستئنافية ، وجب عليها أن تتصدى للفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، والذى سبق وأن فصلت فيه محكمة أول درجة ، يؤكد الرأى الراجح فى الفقه أنه لايستنفد هذه السلطة ، وأن علــى محكمــة الإستئناف إذا ألغته أن تعيد القضية إلى محكمة أول درجة ، والتى حكمت بعدم قبول الدعوى القضائية ، ولم تفصل فى موضوعها بعد .

والدفع بعدم قبول الدعوى القضائية يتعلق بالنظام العام . ومن ثم ، فإنه يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، إلا إذا كان سبب عدم القبول هو التقادم ، فينقلب الدفع هنا إلى دفع موضوعى ، يجب التمسك به من صاحب المصلحة فيه .

ومــن ناحــية أخرى ، فإنه مادام أن الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى من المسائل التى يجوز فيها التحكيم ، فإن المنازعات المستعجلة المتعلقة به تكون بالضرورة ممايجوز التحكــيم فــيها ، إذ مــادام أن القــانون قــد أجاز الإتفاق على التحكيم بشأن المنازعات الموضوعية ، فإنه يجيز – **ومن باب اولى** – عرض المنازعات المستعجلة على التحكيم أيضــا ، بــدلا مــن عرضــها علــى المحاكم العادية فى الدولة ، ولكن من يملك اتخاذ الإجــراءات التحفظــية ، أوالوقتية بعد الإتفاق على التحكيم ؟ . هل تختص هيئة التحكيم بــنظر النزاع فى شقيه الموضوعى ، والمستعجل ؟ . أم تبقى لقاضى الأمور المستعجلة سلطاته فى اتخاذ مثل هذه الإجراءات ، رغم وجود الإتفاق على التحكيم ؟ .

لاجــدال فــى أن مجرد الإتفاق على التحكيم لايمنع الأطراف المحتكمين من الإلتجاء إلى قاضــى الأمور المستعجلة ، طلبا لاتخاذ أى إجراء ، أو تدبير تحفظى ، أو وقتى ، طالما أن هيئة التحكيم لم تتشكل بعد ، فقبل تشكيل هيئة التحكيم يختص القضاء المستعجل وحده بالطلــبات القضــائية الوقتية ، والتحفظية ، وبنفس الشروط التى يتدخل بها طبقا للقواعد العامة ، على أن يضاف إلى هذه الشروط شرطا آخر ، وهو ألا يكون فى إمكان الخصم طالــب الإجراء الحصول على نفس الحماية بعد تشكيل هيئة التحكيم ، ولكن وبعد تشكيل هيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى محل الإتفاق على التحكيم ، هل تملك عندئذ الفصل فى المسائل المستعجلة ، واتخاذ الإجراءات الوقتية ، والتحفظية ؟ . أم يظل القضاء المستعجل مختصا بذلك ، رغم انعقاد خصومة التحكيم أمامها ؟ .

ويثور التساؤل عما إذا كان اتفاق الأطراف المحتكمون على تصدى هيئة التحكيم لطلبات اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية - والتى تقتضيها طبيعة المنازعات المعروضة عليها ، للفصل فيها - من شأنه منع الإلتجاء إلى القضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها ؟ . أم يظل الإختصاص فى هذه الحالة مشتركا بين هيئة التحكيم ، والقضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها ؟ ، فإذا كان من الممكن للأطراف المحتكمين الإتفاق على التحكيم للإلتجاء إلى القضاء المستعجل ، قبل اتصال هيئة التحكيم بالنزاع الموضوعى الأصلى ، فإن إمكانية ذلك بعد انعقاد هيئة التحكيم ، واتصالها بالنزاع الموضوعى الأصلى ، لايكون له مايبرره ، إلا إذا خلا الإتفاق على التحكيم من شرط يخول هيئة التحكيم سلطة الفصل فى طلبات إتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو تحفظية - والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه .

وإذا نص فى شرط التحكيم على إحالة نزاع معين إلى هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، بحيث جاء هذا النص عاما ، لايشير صراحة إلى اختصاص هيئة التحكيم بنظر المنازعات المستعجلة . أو لم يرد فى مشارطة التحكيم مايشير صراحة إلى اختصاص هيئة التحكيم ، أو عدم اختصاصها بنظر المنازعات المستعجلة ، فماذا يكون الحل عندئذ ؟ . هل يمتد اختصاص هيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى بالفصل فى المنازعات المستعجلة ، على غرار اختصاصها بالفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى ؟ . أم يقتصر اختصاص هيئة التحكيم على الفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى المنصوص عليه صراحة فى الإتفاق على التحكيم ، دون المنازعات المستعجلة ، والتى لم يشر الأطراف المحتكمون إليها - سواء بالنص صراحة على اختصاص هيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى ، أو عدم اختصاصها ؟ .

ذلك أنه قد يحدث غالبا أن يكون شرط التحكيم المدرج فى أحد العقود - للفصل فى النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، والذى يمكن أن ينشأ عن تفسيره ، أو تنفيذه ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه - عاما ، لايشير صراحة إلى المنازعات المستعجلة . فهل مثل هذا الشرط يسرى أيضا على الدعاوى المستعجلة - كدعاوى إثبات الحالة مثلا ؟ . وبمعنى آخر ، هل يمتد الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم ، والمتمثل فى استنفاد ولاية القضاء العام فى الدولة بالنسبة للنزاع الموضوعى الأصلى إلى المنازعات المستعجلة ، والوقتية المتعلقة به ؟ . أم أن الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم لايمتد عندئذ

إلـــى المســـائل المســـتعجلة ، ويظل القضاء العام فى الدولة مختصا بنظرها ، حتى بعد عـــرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على هيئة التحكيم المختارة للفصل فيه من قبل الأطراف المحتكمين ؟ .

وأود التـــنويه إلى أن مجال هذه الدراسةسوف يقتصر على اتفاقات التحكيم الوطنية البحتة والخاضعة للسيادة التشريعية للقانون الوطنى . بمعنى ، العلاقات الداخلية التى اتفق على إخضـــاعها لقواعـــد التحكـــيم داخـــل الدولة ، بالتطبيق لقواعد الإجراءات الوطنية ، أى العلاقـــات الوطنية البحتة بمختلف عناصرها ، سواء من حيث أشخاص العلاقة محلها ، وســـببها ، والتى مؤداها : إلتجاء أطراف وطنية إلى تحكيم يتم داخل الدولة ، وبالتطبيق لأحكـــام القـــانون الوطنى ، ويسفر عن صدور حكم تحكيم يكون محلا للتنفيذ وفقا لقواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، أو قواعد أحكام القوانين الوضعية الخاصة المنظمة للتحكـــيم – **كالقـــانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية** . ومن ثم ، فإنه يخرج عن مجال هذه الدراسة ، التحكيم الدولى ، واتفاقـــات التحكيم التى لاتكون خاضعة للسيادة التشريعية للقانون الوطنى – **أى اتفاقات التحكيم التى لاتكون وطنية بكافة عناصرها " أشخاصا ، محلا ، وسببا "** .

تقسيم الدراسة :

لقـــد سلكنا فى هذه الدراسة مسلكا يتفق وتحقيق الغاية المرجوة منها ، **فقد قسمناها إلى أربعة أبواب :**

الباب الأول : التحكيم الإختيارى هو الصورة العامة لنظام التحكيم .

الـــباب الثانى : مفهـــوم الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم ، الوسيلة الفنية لإعماله " الدفع بالتحكيم " ، والخلاف الفقهى بصدد تحديد طبيعتها القانونية .

الباب الثالث : نطاق الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم .

والباب الرابع : تفسير القضاء العام فى الدولة للأثر السلبى للإتفاق على التحكيم .

أســـأل الله – تبارك تعالى – التوفيق ، والسداد ، إنه – سبحانه وتعالى – نعم المولى ، ونعم النصير .

المؤلف .....

الباب الأول

التحكيم الإختيارى هو الصورة العامة لنظام التحكيم

تمهيد ، وتقسيم :

نظام التحكيم هو طريقا خاصا للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، والتى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات ، ويعتمد أساسا على أن أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هم الذين يختارون قضاتهم ، بدلا من الإعتماد على التنظيم القضائى للبلد الذى يقيمون فيه :

نظام التحكيم هو طريقا خاصا للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، والتى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات ، ويعتمد أساسا على أن أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هم الذين يختارون قضاتهم ، بدلا من الإعتماد على التنظيم القضائى للبلد الذى يقيمون فيه [1] . والتحكيم الإختيارى هو الصورة العامة لنظام

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ – ط٣ – ١٩٩٤ – بند ١٢٥ ، ص ٢٢٤ ، ط ٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ، ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، محمد محمود إبراهيم – أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى – ١٩٩٤ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ٨٥ ، عادل محمد خير – مقدمة فى قانون التحكيم المصرى – ط١ – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٢ ، ص ٢٠ .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧١/٢/١٦ – المجموعة – ٢٢ – ١٧٩ ، ١٩٧٦/١/٦ – المجموعة ٢٧ – ١٣٨ ، ١٩٧٨/٢/١٥ – المجموعة ٢٩ – ٤٧٢ ، ١٩٨١/٣/٢٦ – الطعن رقم (٦٩٨) – لسنة (٤٧) ق ، ١٩٨٢/٣/٩ – س (٣٣) – العدد الأول – ص ٢٨٦ ، ١٩٨٨/١١/٢٠ – فى الطعن رقم (١٠٤٣) – لسنة (٥٥) ق ، ١٩٨٩/٥/١٨ – فى الطعن رقم (٧٤٠)

التحكيم ، وهى التى ينظمها القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذ الباب إلى أربعة فصول :

الفصل الأول : نظام التحكيم هو بناء قانونيا يكون مركبا من ثلاثة إرادات " إرادة النظام القانونـــى الوضعى ، إرادة الأطراف المحتكمين ، وإرادة هيئة التحكيم " .

الفصل الثانى : يبدأ التحكيم الإختيارى بعقد " شرطا كان ، أم مشارطة " .

الفصل الثالث : تعريف نظام التحكيم .

والفصل الرابع : نظام التحكيم قد يكون إختياريا **L'arbitrage volontaire** وقـــــد يكـــــــون إجباريـــا **L'arbitrage Force** .

وذلك على النحو التالى :

– لســنة (٥٢) ق – س (٤) – الجــزء الــثانى – ص ٣٠١ ، ١٩٩٠/١/٢٣ – فى الطعن رقم (٢٥٦٨) – لسنة (٥٦) ق ، ١٩٩٢/٧/١٣ – فى الطعن رقم (٢٢٦٧) – لسنة (٥٤) ق .

الفصل الأول

نظام التحكيم هو بناء قانونيا يكون مركبا مـــن ثلاثة إرادات " إرادة النظام القانونـــي الوضعى إرادة الأطراف المحتكمين ، وإرادة هيئة التحكيم "

نظام التحكيم هو بناء قانونيا يكون مركبا من ثلاثة إرادات ، وهى :

الإرادة الأولى : إرادة النظام القانونى الوضعى .

الإرادة الثانية : إرادة الأطراف المحتكمين .

والإرادة الثالثة ، والأخيرة : إرادة هيئة التحكيم .

فتعمل إرادة الأطراف المحتكمين فى اطار إرادة النظام القانونى الوضعى ، وهذه الإرادة تظـــل ساكنة إلى أن تحركها إرادة الأطراف المحتكمين ، والتى تدور فى فلكها ، ولاتحيد عـــنها ، والتى تتجلى فى الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على نوع التحكيم ، فى اختيار أشخاص أعضاء هيئة التحكيم ، تحديد نطاق سلطاتها ، الإجراءات المتبعة أمامها ، ومكان التحكيم [١] .

فالتحكـــيم ينشأ عن إرادة الأطراف المحتكمين ، وهذه الإرادة هى التى تخلقه ، وهى قوام وجـــوده ، وبدونهـــا لايتصور أن يخلق ، أو يكون ، إلا أن هذه الإرادة لاتكفى وحدها ، وإنما يتعين أن تقر الأنظمة القانونية الوضعية إتفاق الأطراف المحتكمين على اختيار نظام التحكـــيم ، للفصـــل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، فإذا إذا لم تنص الأنظمة القانونية الوضعية على جواز التجاء الأفراد ، والجماعـــات داخـــل الدولة على اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فيها ، وجواز تنفيذ حكم التحكيم الصادر

---

(١) أنظـــر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٢٠ ، إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء فى الفقه الإسلامى ، والأنظمة الوضعية – دراسة مقارنة – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٣٤ محمد نور عبد الهادى شحاته – الرقابة على أعمال المحكمين – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٢

فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ماكانت إرادة الأطراف المحتكمين بكافية لخلقه

فالأنظمة القانونية الوضعية تقر نظام التحكيم كطريق خاص للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، والتى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فيها ، وتنظم قواعده ، وإجراءاته ، إحتراما لإرادة الأطراف المحتكمين ، ومتى وضحت هـذه الإرادة وفـق الشـكل الـذى تتطلبه الأنظمة القانونية الوضعية ، إلتزم الأطراف المحتكمون بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، فـيفرض عليهم التحكيم ، كما يفرض عليهم حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وينتهى أثر إراداتهم عند هذا الحد .

فالعـبرة أن تكشـف إرادة الأطراف المحتكمين عن رغبتهم فى النزول عن الإلتجاء إلى القضـاء العـام فى الدولة ، للفصل فى منازعاتهم ، واختيار نظام التحكيم عندئذ بديلا ، للفصـل فـيها ، بأحكام تحكيم ، تكون ملزمة لهم ، ثم إرادة هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيـئات غـير قضائية ، والتى تعمل فى اطار الإرادتين السابقتين " إرادة الأطـراف المحتكميـن ، وإرادة القانون الوضعى " ، بقصد الفصل فى النزاع موضوع الإتفـاق على التحكيم ، وتستمد هيئة التحكيم سلطاتها فى الفصل فيه من الأنظمة القانونية الوضعية .

وإذا افـتقر نظـام التحكـيم إلـى أى من هذه الإرادات الثلاث " إرادة النظام القانونـى الوضعى ، إرادة الأطراف المحتكمين ، وإرادة هيئة التحكيم " ، فإننا لانكون عندئذ بصدد تحكيم (١) .

(١) أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٦٤ ، ومابعدها .

الفصل الثانى

يبدأ التحكيم الإختيارى بعقد

" شرطــا كان ، أم مشارطة " (١)

تمهيد ، وتقسيم :

يبدأ التحكيم الإختيارى بعقد ، يتفق فيه الأطراف المحتكمون على الفصل فى الـــنزاع الـــذى يدخـــل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولـــة عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، دون المحكمة المختصة أصلا بنظره :

يبدأ التحكيم الإختيارى بعقد ، يتفق فيه الأطراف المحتكمون على الفصل فى النزاع الذى يدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، القائم ، المحدد ، والذى نشأ فعلا بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " **مشارطة التحكيم** " ، أو النزاع المحتمل ، وغـــير المحدد ، والذى يمكن أن ينشأ بينهم فى المستقبل " **شرط التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، دون المحكمة المختصة أصـــلا بـــنظره ، فلايعـــرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على هيئة التحكيم إلا باتفاق الأطراف المحتكمين على ذلك (٢) .

---

(١) يخضـــع الإتفـــاق على التحكيم فى وجوده ، وفى قيامه صحيحا لقانون البلد الذى تم فيه ، أنظر : نقـــض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨١/١/٩ – فى الطعن رقم (٤٥٣) – لسنة (٤٢) ق ، ١٩٨٢/٥/٢٦ – فى الطعن رقم (٧١٤) – لسنة (٤٧) ق . مشارا لهذين الحكمين لدى : أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ – ط٣ – ١٩٩٤ – بند ١٢٥ ص ٢٢٥ – فى الهامش .

وفى دراسة شروط صحة الإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشـــار إلـــيها – بند ١٠٢ ، ومايليه ، ص ٣٧١ ، ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٢٢ ، ومايليه ، ص ٣٦ ، ومابعدها .

(٢) فى دراســـة قواعد ، وأحكام الإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده فى قـــانون المرافعات ، وقانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ – الرسالة المشار إليها ، عبد الحميد

قد يبرم عقد التحكيم بصدد نزاع معين ، نشأ بالفعل بين الأطراف المحتكمين لحظة إبرامه ، ويسمى عندئذ : " مشارطة التحكيم Le compromis " ، أو قد يبرم تبعا لعقد آخر ، للفصل فى النزاع المحتمل ، وغير المحدد لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، والذى يمكن أن ينشأ فى المستقبل بين الأطراف المحتكمين عن تفسيره ، أو تنفيذه ، ويسمى عندئذ : " شرط التحكيم La clause compromissoire " :

الإتفاق على التحكيم هو : إتفاق الأطراف المحتكمون على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى كل ، أو بعض المنازعات التى نشأت فعلا بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " **مشارطة التحكيم** " ، أو يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بمناسبة علاقة قانونية معينة – **عقدية كانت ، أو غير عقدية " شرط التحكيم " . فالإتفاق على التحكيم قد يأتى فى إحدى صورتين** [1] **، وهما :**

الصورة الأولى – مشارطة التحكيم Le compromis : وتكون باتفاق بين الأطراف المحتكمين " – **والذين نشأ بالفعل نزاعا بينهم ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** – **بالفصل فيه بواسطة هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة أصلا بنظره .**

منشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – ١٩٩٥ – ص ٢٧ ، ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – ١٩٩٥ – ص ٣٦ ، ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح – ١٩٩٦ – ص ٣٧ ، ومابعدها .

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٥ ، سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – ص ٧٧ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٢٨ ، ص ٧٧ ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٢٨ ، ص ٧٤ ، عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ٢٧ ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٠٣

والصــورة الثانــية – شرط التحكيم **La clause compromissoire :**

ويكــون الإتفــاق عليه كبند من بنود عقد معين ، يكون مبرما بين الأطراف المحتكمين ، بشــأن الفصل فى نزاع محتمل ، وغير محدد ، يمكن أن ينشأ فى المستقبل عن تفسيره ، أو تنفــيذه ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – دون المحكمة المختصة أصلا بنظره [١] ، وشرط التحكيم كثيرا مايدرج فى العقد المبرم بيــن أطــرافه – مصدر الرابطة القانونية – سواء كان عقدا مدنيا ، أم عقدا تجاريا ، أم عقــدا إداريــا ، بل وقد أصبح هو القاعدة فى ميدان التجارة الدولية ، باعتبار أن الغالبية العظمـــى مـــن قضـــايا التحكيم – وخاصة فى المجال الدولى – تنشأ استنادا إلى شرط للتحكــيم ، يكــون ســابقا على نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بين الأطراف المحتكمين [٢] .

فالإتفاق على التحكيم قد يرد فى نفس العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية – سواء كان عقدا مدنيا ، أم تجاريا ، أم إداريا – فيتفق طرفا العقد على أن مايمكن أن ينشأ بينهم فى المستقبل من منازعات ، بمناسبة تفسيره ، أو تنفيذه ، يتم الفصل فيها بواسطة هيئة تحكيم

---

(١) فى دراسة تفصيلية لشرط التحكيم ، أنظر :

BEAUREGARD (JACQUES) : De la clause compromissoire , These . Paris , 1911 ; CHARLES REFPRT : Les diffcultes soulvees par l'application de la loi 31 Decembre 1925 , sur la clause compromissoire , Paris , 1929 ; GRECH (GASTON) : Precis de l'arbitrage , Traite pratique sur la clause compromissoire et les chambres arbitrales , 1964 ; HERVE CHASSERY : La clause compromissoire en Droit interne , These . Montpellier , Mars . 1975 ; MOREL (R .) : La clause compromissoire commmercial , L. G. D. J , Paris , 1950 ; MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire , These . Renne , 1985 .

وانظر أيضا : محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – مقالة منشورة فى مجلة الدراسات القانونية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة أسيوط – العدد السادس – يونية – ١٩٨٤ – ص ١٩٥ ، ومابعدها .

(٢) أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعي – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٠١ .

، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بنظرها** - وعـندئذ ، يرد شرط التحكيم على أى نزاع قد يحدث بينهم فى المستقبل بمناسبة تفسير العقـد الـذى تضـمنه ، أو تنفـيذه ، فـلا يرد على نزاع معين ، وقد لايتفق الأطراف المحـتكمون علـى التحكيم فى العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، ولكن وبعد قيام الـنزاع بينهم ، يبرمون اتفاقا خاصا ، للفصل فيه ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية [1] .

وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفصل إلى خمسة مباحث :

المبحـث الأول : شرط التحكيم قـد يكون قائما بذاته ، ومنفصلا عـن العقد الأصلى المبرم بين أطرافـه - مصدر الرابطـة القانونية - ولايؤثر ذلك فى وصفه بأنه شرطا للتحكيم ، مادام الإتفاق عليه قد تم قبل نشأة النزاع بالفعل بيـن الأطراف المحتكمين .

المبحـث الـثانى : إسـتقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصـدر الرابطـة القانونيـة - والـذى تضمنـه .

المبحث الثالث : طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به .

المبحث الرابع : نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته .

المبحث الخامس : الخـلاف الفقهـى حـول الطبيعـة القانونيـة للإتفاق علـى التحكيـم .

وذلك على النحو التالى :

---

[1] أنظـر : عـبد الحمـيد المنشـاوى - التحكـيم الدولى ، والداخلى - ١٩٩٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٢٨ .

المبحث الأول

شرط التحكيم قد يكون قائما بذاته ، ومنفصلا عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونية - ولايؤثر ذلك فى وصفه بأنه شرطا للتحكيم مادام الإتفاق عليه قد تم قبل نشأة النزاع بالفعل بين الأطراف المحتكمين

يرد شرط التحكيم عادة فى العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - على أنه لايوجد مايمنع من وروده فى عقد لاحق ، يكون مبرما بينهم ، قبل نشأة أى نزاع بينهم ، فيكون المميز لشرط التحكيم عندئذ ليس هو وروده فى العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية** - ولكن كون المنازعات التى يشملها شرط التحكيم هى منازعات محتملة ، وغير محددة ، فهى لم تنشأ بعد لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم [1] . ذلك أنه - **وإن كان فى الغالب من الأحوال** - أن يرد شرط التحكيم فى نفس العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية** - سواء كان عقدا مدنيا ، أم عقدا تجاريا ، أم عقدا إداريا ، إلا أن ذلك ليس بلازم ، إذ قد يكون شرط التحكيم قائما بذاته ، ومنفصلا عن العقد المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - ولايؤثر ذلك فى وصفه بأنه شرطا للتحكيم ، مادام الإتفاق عليه قد تم قبل نشأة النزاع بالفعل بين الأطراف المحتكمين [2] .

---

(2) أنظر : عبد الحميد المنشاوى - الإشارة المتقدمة .

(1) أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٧ ص ١٨ ، بند ٩ ص ٢٤

المبحث الثانى

إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – مصـــدر الرابطـــة القانونيـــة – والــذى تضمنـــه

رغـــم ورود شـــرط التحكيم فى العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – مصدر الرابطة القانونية – فإنه يجب القول باستقلاله عن هذا العقد :

رغـــم ورود شـــرط التحكـــيم فـــى العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونية** – فإنه يجب القول باستقلاله عن هذا العقد ، **فهو** تصرفا قانونيا مستقلا ، وقائما بذاتـــه – **وإن تضمنه العقد مصدر الرابطة القانونية** . فيعتبر شرط التحكيم إتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى – **مصدر الرابطة القانونية** – والذى تضمنه .

قد يتصور صحة شرط التحكيم ، رغم بطلان العقد الأصلى – مصدر الرابطة القانونـــية – والـــذى تضمنه ، إلا إذا كان سبب البطلان يشمل أيضا شرط التحكيم :

قد يتصور صحة شرط التحكيم ، رغم بطلان العقد الأصلى – **مصدر الرابطة القانونية** – والـــذى تضمنه ، إلا إذا كان سبب البطلان يشمل أيضا شرط التحكيم – **كما لو كان العقد الأصـــلى المبرم بين أطرافه** – مصدر الرابطة القانونية – **قد أبرم بواسطة شخص كان وقـــت إبـــرامه ناقصـــا الأهلية** – فلايترتب على بطلان العقد الأصلى – **مصدر الرابطة القانونـــية** – والـــذى تضـــمن شرط التحكيم ، أو فسخه ، أو إنهائه أثرا عليه ، إذا كان صحيحا فى ذاته [١] .

---

[١] فى دراســـة مصـــير شرط التحكيم الذى تضمنه العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – مصدر الرابطة القانونية – لسبب أدى إلى بطلانه ، أو فسخه ، أو إنهائه ، أنظر :

KLEIN . F . E : Du caractere autonomie de la clause compromissoire notamment en matiere d'arbitrage international , Revue critique de Droit international prive , 1961 , P . 499 et s ; FOUCHARD (PHILIPPE) : L'arbitrage commercial international , P. 69 et s ; ROBERT (JEAN) : Arbitrage civil et commercial en Droit interne et international prive , Dalloz , 4e ed . 1990 , P. 134 et s .

لايــؤدى بطـــلان ، أو فسخ ، أو إنهاء العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – مصدر الرابطة القانونية – والذى تضمن شرط التحكيم إلى التأثير عليه :

لايــؤدى بطلان ، أو فسخ ، أو إنهاء العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونـــية** – والـــذى تضمن شرط التحكيم إلى التأثير عليه ، **فطالما أن شرط التحكيم قد** استكمل شروط صحته الخاصة به ، فإنه يكون صحيحا قانونا ، وينتج كافة آثاره القانونية ، رغـــم ماأصاب العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونية** – والذى تضـــمنه مـــن عوارض . خاصة ، مع إمكانية تصور خضوع شرط التحكيم المبرم بين أطـــرافه لقـــانون يخـــتلف عن القانون لذى يخضع له موضوع العقد الأصلى المبرم بين أطـــرافه – **مصدر الرابطة القانونية** – والذى تضمنه . ونتيجة لذلك ، فإن شرط التحكيم ينتج عندئذ كافة آثاره القانونية ، ويكون لهيئة التحكيم سلطة النظر فى أية منازعات يمكن أن تنشـــأ عـــن بطلان ، أو فسخ ، أو إنهاء العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونية** [1] .

لم تتضمن مجموعة المرافعات الفرنسية نصا قانونيا وضعيا صريحا يكرس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – مصدر الـــرابطة القانونية – والذى تضمنه ، ولكنها كرست فى المادة (١٤٦٦) منها مبدأ الإختصاص بالإختصاص :

لم تتضمن مجموعة المرافعات الفرنسية نصا قانونيا وضعيا صريحا يكرس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونية** – والذى تضمنه ، ولكنها كرست فى المادة (١٤٦٦) منها مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، والتى

وانظر أيضا : سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – ص ٧٨ ، ومابعدها ، إبراهيم أحمد إبراهـــيم – التحكـــيم الدولى الخاص – ص ٤٥ ، ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٣٣ ، ص ٤٩ ، ٥٠ ، عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ٢٨ .

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٣٣ ، ص ٤٩ ، ٥٠ .

تنص على أنه :

" إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم فى أساس أو مدى سلطته ، أو نطاق اختصاصه ، فيكون لهذا الأخير الفصل فى صحة الإتفاق على التحكيم ، أو حدود اختصاصه " [1] .

يســتند جانب من الفقه فى فرنسا إلى نص المادة (١٤٦٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية للقول بأنه يؤدى إلى تقرير مبدأ استقلال شرط التحكيم عــن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه – من الناحية العملية :

يســتند جانــب مــن الفقه فى فرنسا إلى نص المادة (١٤٦٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية للقول بأنه يؤدى إلى تقرير مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه** – من الناحية العملية ، إذ طالما أن لهيئة التحكيم سلطة الفصل فى بطلان ، أو صحة العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونية** – والذى تضمن شرط التحكيم ، فإن هذا يعنى أن شرط التحكيم بوصفه اتفاقا على التحكيم ، يكون من الممكن فصله عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – مصدر **الرابطة القانونية** – والذى تضمنه . ومن ثم ، يكون متمتعا بالإستقلالية [2] .

رأى جانــب آخــر مــن الفقــه – وبحــق – الربط بين مبدأ الإختصاص بالإختصــاص ، ومبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – مصدر الرابطة القانونية – والذى تضمنه :

رأى جانــب آخر من الفقه – **وبحق** – الربط بين مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، ومبدأ اســتقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونية** – والذى تضمنه . ومن ثم ، **فالأكثر قبولا عندئذ هو القول بأن مبدأ استقلال شرط التحكيم عــن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – مصدر الرابطة القانونية** – والذى تضمنه يعد

(١) وقد وردت هذه المادة فى الفصل الثانى الخاص بسلطة هيئة التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، ســواء كان مصدر هذه السلطة شرطا للتحكيم ، يكون واردا فى عقد معين ، أو مشارطة تحكيم ، كانت قد أبرمت بصفة مستقلة ، بمناسبة نزاع ما .

(٢) أنظر :

ROBERT (JEAN) : Arbitrage civil et commercial , P.134 .

مـــن المـــبادئ الأساسية التى يقوم عليها نظام التحكيم - **سواء على الصعيد الوطنى ، أم على الصعيد الدولى** - فى فرنسا ، حيث أن القضاء الفرنسى قد كرسه فى قضايا التحكيم التجارى الدولى على نحو قاطع ، وبشكل متواتر ، مما يصلح أساسا للقول بوجوده أيضا فـــى التحكـــيم الداخلى الفرنسى ، بدلا من محاولة التعسف فى تفسير النصوص القانونية الوضعية الفرنسية ، وتحميلها أكثر مما تحتمله [1] .

كرســـت المـــادة (٢٣) مـــن قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – مصدر الرابطة القانونية – والذى تضمنه :

كرســـت المـــادة (٢٣) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه – **مصدر الرابطة القانونية** – والذى تضمنه ، بنصها على أنه :

" يعتبر شرط التحكيم إتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولايترتب على بطلان العقد أو فســـخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته " .

---

(١) أنظر مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٣٣ ص ٥٠

المبحث الثالث

طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به

تقسيم :

الحديــث عن طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به ، أى الأثر القانونى المترتب على عــدم موافقــة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، يتطلب منا أن نتحدث أولا عن موقف القانون الوضعى الفرنسى مــن هــذه المسألة ، ثم بعد ذلك نتطرق للحديث عن موقف القانون الوضعى المصرى ، لاخــتلاف طبيعة الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبــرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم فى القانونين ، وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلــب الأول : الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم علــى إبــرام مشــارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم فى القانون الوضعى الفرنسى .

والمطلب الثانى : الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم علــى إبــرام مشــارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم فى القانون الوضعى المصرى .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

المطلب الأول

الأثـــر القانونى المترتب علـــى عـــدم موافقة أحـــد أطراف شـــرط التحكيم علـــى إبرام مشارطة التحكيم ، عنـــد نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم فى القانون الوضعى الفرنسى

لم يكن شرط التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة يعتبر اتفاقا على التحكيم ، وإنما كان وعدا بإبرام هذا الإتفاق فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم :

لم يكن شرط التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة يعتبر اتفاقا على التحكيم ، وإنما كان وعدا بإبرام هذا الإتفاق فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم . بمعـــنى ، أن شرط التحكيم يمثل حلقة مؤدية للتحكيم ، وهو يمهد لإبرام عقد آخر ، هو مشـــارطة التحكيم ، بحيث أن شرط التحكيم المدرج فى عقد من العقود ، لمواجهة نزاع محـــتمل وغـــير محدد - **وفى الحالات التى يجوز فيها التجاء الأفراد ، والجماعات إلى نظـــام التحكـــيم ، عن طريق هذه الصورة من صورتى الإتفاق على التحكيم " الشرط ، والمشـــارطة "** - لايعفـــى أطـــراف شـــرط التحكيم عندئذ من إبرام مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم .

ثار التساؤل عن مدى حرية أطراف العقد الأصلى المبرم بين أطراف شرط التحكـــيم - مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم - فى إبرام مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ؟ :

ثـــار التساؤل عن مدى حرية أطراف العقد الأصلى المبرم بين أطراف شرط التحكيم - **مصـــدر الـــرابطة القانونـــية ، والمتضمن شرط التحكيم** - فى إبرام مشارطة تحكيم فى المســـتقبل ، عـــند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ؟ . فهل تخضع هذه المسألة لمبدأ سلطان إرادة أطراف شرط التحكيم ؟ . وهل يكون الرد على ذلك بالإيجاب ؟ . فيكون شرط التحكيم عملا إراديا يتضمن الوعد بالتحكيم ، ويترتب على رفض أحد أطراف شرط التحكـــيم إبرام مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ألا

يكون للأطراف الآخرين فى العقد الأصلى - مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكـــيم - ســـوى مطالبـــته بالتعويض عما لحق بهم من أضرار ، نتيجة إخلاله بشرط التحكيم ؟ . أم أنه يمكن تنفيذ هذا الإلتزام تنفيذا عينيا ؟ ، بحيث يجوز إجبار المتعاقد على تنفيذ التزامه ، إما قضاء ، على أساس تنفيذ الإلتزام عينا ، فيقوم القاضى العام فى الدولة بمهمـــة اختيار أعضاء هيئة التحكيم ، أو رضاء ، فيمتثل الطرف الآخر لإجراءات تعيين أعضاء هيئة التحكيم ، ويقوم عندئذ بالمساهمة فى تكوين هيئة التحكيم ؟ (١) .

ذهب جانب من الفقه ، تؤيده بعض أحكام القضاء فى فرنسا إلى أن الجزاء المترتب على رفض أحد الأطراف المتعاقدين تنفيذ شرط التحكيم تنفيذا عينيا ، عن طريق إبرام مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، وتعيين أعضاء هيئة التحكيم هو الحكم عليه بالتعويض :

ذهـــب جانـــب مـــن الفقه (٢) تؤيده بعض أحكام القضاء فى فرنسا (٣) إلى أن الجزاء المترتب على رفض أحد الأطراف المتعاقدين تنفيذ شرط التحكيم تنفيذا عينيا ، عن طريق

---

(١) فى بـــيان مـــدى التزام أطراف شرط التحكيم بإبرام مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، أنظر :

M . ROTHE : La clause compromissoire . P . 72 et s ; Dalloz . Nouveau Repertoire De Droit . N . 50 et s , N . 85 et s ; Dalloz . Encyclopedie Juridique . N . 38 et s ; EMIL – TYAN : op . cit ., p . 201et s ; Repertoire De Droit commercial . N . 56 et s ; Repertoire De Droit civile . N . 205 et s , N . 225 et s ; JEAN – VINCENT : Procedure civile . Dix – Neuvieme edition . N . 813 . P . 1043 et s ; MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit ., p . 180 et s

(٢) أنظر :

WAHI : La clause compromissoire en matiere commercial . J . C . P . 27 ed . G . I . 1 et s ; CEZAR – BRU : Commentaire de la loi du 31 Decembre 1925 . lois nouvelles . 1926 . 1 . P . 181 ; RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . nature juridique . L . G . D . J . 1965 . p . 259 . N . 39 .

(٣) أنظر:

Paris . 10 Juillet . 1928 . S . 1930 . 2 . 5 ; La cour de Marsielle commerciale . 2 Fev . 1927 . cite par JEAN – ROBERT : op . cit ., N . 37 .

إبـــرام مشـــارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، وتعيين أعضاء هيئة التحكيم ، هو الحكم عليه بالتعويض .

غير أن محكمة النقض الفرنسية قد اتنهجت مسلكا آخر مؤداه : " أنه يحق للطـــرف ذى المصـــلحة أن يلجأ إلى القضاء العام فى الدولة ، ويطلب منه تعييـــن هيـــئة تحكيم ، للفصل فى النزاع الذى نشأ بالفعل عن تفسير العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، أو تنفيذه – والمتضمن شرط التحكيم – فيقوم حكم القاضى العام فى الدولة عندئذ مقام الإتفاق على التحكيم ، حيث يفـــرض شرط التحكيم على أطراف العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه ، وينفذ جبرا :

إنتهجت محكمة النقض الفرنسية مسلكا آخر مؤداه : " أنـــه يحق للطرف ذى المصلحة أن يلجـــأ إلـــى القضاء العام فى الدولة ، ويطلب منه تعيين هيئة تحكيم ، للفصل فى النزاع الـــذى نشـــأ بـــالفعل عـــن تفسير العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، أو تنفيذه – والمتضمن شرط التحكيم – فيقوم حكم القاضى العام فى الدولة عندئذ مقام الإتفاق على التحكيم ، حيث يفرض شرط التحكيم على أطراف العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه ، وينفذ جبرا . بمعنى ، أن عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، لايؤدى إلـــى إفـــلات الـــنزاع موضوع شرط التحكيم من ولاية هيئة التحكيم . فإذا تضمن العقد الـــتجارى شرطا للتحكيم ، فإنه يفرض على أطرافه التزاما بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يثيرها تنفيذ هذا العقد ، أو تفسيره . ومن ثم ، يلتزم أطرافه بعدم عرض المنازعات المذكورة بالعقد على المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها والفصل فـــى موضوعها ، ويجب عليهم عرضها على هيئة تحكيم . والخلاف الذى قد يثور بين أطـــراف العقـــد التجارى – والمتضمن شرطا للتحكيم – ويكون من شأنه الحيلولة دون اضطلاع هيئة التحكيم بمهمتها التحكيمية ، لاينبغى أن يحول دون تنفيذ شرط التحكيم . فـــإذا اختلف أطراف العقد التجارى – والمتضمن شرطا للتحكيم – حول تسمية أعضاء هيـــئة التحكـــيم ، فإنه يجوز لأى منهم أن يطلب من المحكمة التجارية المختصة أصلا بتحقـــيق الـــنزاع موضوع شرط التحكيم ، والفصل فى موضوعه الأمر بإلزام خصمهم بالمشـــاركة فـــى تعيين أعضاء هيئة التحكيم فى مدة معينة ، وإلا قامت هذه المحكمة

بإجـــراء هـــذا التعيين من تلقاء نفسها ، واتخاذ جميع الإجراءات الازمة لمباشرة هيئة التحكـــيم لمهمتها التحكيمية ، فضلا عن التزام الطرف المذكور بالتعويض ، متى كان له مقتض . والخلاف حول إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شـــرط التحكـــيم ، لايجـــيز لأى طرف فى العقد التجارى - والمتضمن شرط التحكيم - التنصـــل منه ، ونقضه - بإرادته المنفردة ، ووفقا لمشيئته وحده - لأن تعليق خضوع الـــنزاع موضوع شرط التحكيم - والذى نشأ فعلا - للتحكيم على محض مشيئة أطراف العقد التجارى - والمتضمن شرط التحكيم - يجعله وهميا ، وعديم الأثر . فلايجوز لأحد أطـــراف العقـــد التجارى - والذى تضمن شرطا للتحكيم - الإدعاء باختصاص المحكمة الـــتجارية بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد ، حيث يتناقض هذا المسلك مع شرط التحكـــيم المدرج فيه . فإذا أصر أحد أطرافه على هذا المسلك ، جاز للأطراف الآخرين الدفع أمام المحكمة التى رفع أمامها النزاع موضوع شرط التحكيم به ، ووجب على تلك المحكمة قبول هذا الدفع ، والذى يتضمن الإدعاء بعدم إختصاصها بتحقيق هذا النزاع ، والفصل فى موضوعه "[1] .

وهكذا ، فقد أضفت محكمة النقض الفرنسية على شرط التحكيم طابعا إلزاميا يوجب تنفيذه ، فـــالوعد بالتحكيم هو : مجرد التزاما بعمل ، لايتخلف عن الإخلال به الحكم بالتعويض فقط على الخصم المماطل ، بل أصبح النظر إليه كالتزام قابل للتنفيذ العينى ، وهو تنفيذا يفرضـــه قرار القاضى العام فى الدولة على الخصم المماطل فرضا ، مادام لم يقم بتنفيذه اختـــيارا . وبذلـــك ، فإنه يجوز للطرف صاحب المصلحة فى عرض النزاع على هيئة التحكـــيم ، الإلـــتجاء إلى رئيس المحكمة التجارية المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه - لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم - إذا لم يستجب الطرف بالمشاركة فى تعيين أعضـــاء هيئة التحكيم خلال مدة معينة ، دون حاجة لصدور حكم قضائى ، يكون حائزا لقوة الأمر المقضى .

صاغ المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ - والخـــاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى بفرنسا - فى الباب الأول - إتفاقات التحكيم ، وتبين أن شرط التحكيم - شأنه شأن مشارطة التحكيم -

---

[1] أنظر :

Cass . Com . 27 Fevrier . 1939 . Gaz . Pal . 1939 . 1 . 678 .

قد أصبح يشكل التزاما مستقلا عن مشارطة التحكيم ، بالإلتجاء إلى إجراءات التحكيم ، من جانب الأطراف المحتكمين ، للفصل فى النزاع – المحتمل ، وغير المحدد – موضوع شرط التحكيم ، وليس مجرد وعدا بإبرام مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم :

صاغ المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى بفرنسا** – فى الباب الأول – إتفاقات التحكيم ، وتبين أن شرط التحكيم – **شأنه شأن مشارطة التحكيم – قد أصبح يشكل التزاما مستقلا عن** مشارطة التحكيم ، بالإلتجاء إلى إجراءات التحكيم ، **من جانب الأطراف المحتكمين ،** **للفصل فى النزاع – المحتمل ، وغير المحدد** – موضوع شرط التحكيم ، وليس مجرد وعدا بإبرام مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم . **فالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** – قد أوضح استقلال صورتى الإتفاق على التحكيم " **شرط التحكيم ، ومشارطته** " ، **بحيث يمكن لأطراف العقد التجارى الذين يدرجون فيه شرطا للتحكيم ، للفصل فى** النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، **والذى يمكن أن ينشأ مستقبلا عن تفسيره** أو تنفيذه – **وعند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم – الإلتجاء** مباشرة إلى إجراءات التحكيم ، عن طريق تعيين أعضاء هيئة التحكيم ، **دون حاجة لإبرام** مشارطة تحكيم مستقلة . بل ويظهر إستقلال صورتى الإتفاق على التحكيم " **شرط التحكيم ومشارطته** " فى المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** – من خلال تخصيصه الفصل الأول من الباب الأول لشرط التحكيم ، والفصل الثانى منه لمشارطة التحكيم ، والفصل الثالث منه للقواعد المشتركة لصورتى الإتفاق على التحكيم " **شرط التحكيم ، ومشارطته** " ، فالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى بفرنسا** – قد ميز شرط التحكيم عن مشارطته ، وجعلهما على قدم المساواة ، من حيث الأثر القانونى المترتب على كل منهما ، بحيث يلتزم أطراف

شــرط التحكيم بالإلتجاء مباشرة إلى إجراءات التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، دون حاجة لإبرام مشارطة تحكيم مستقلة (١) .

(١) فى بـيان طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى بفرنسا – أنظر :
G . CORNU : Presentation de la reforme . Rev . Arb . 1980 . P . 583 et s ; J . ROBERT et B . MOREAU : op . cit. , N . 57 et s ; RUBELLIN – DEVICHI : Jueis - Classeur . Procedure Civile . Fasc . 1020 . ou commercial . Fasc . 210 . N . 1et s ; Repertoire De Droit commercial . N . 98 et s ; Repertoire De Droit civile . N . 225 et s ; Repertoire De Droit Procedure civile . N . 149 et s .

المطلب الثانى

الأثـــر القانونـــــى المترتب على عدم موافقة أحـــــد أطراف شـــرط التحكيم علـــى إبرام مشارطـــة التحكيـــم ، عند نشـــأة النزاع موضوع شرط التحكيم فى القانون الوضعى المصرى [١]

شـــرط التحكيم يكون وعدا بعقد فى القانون الوضعى المصرى . ومن ثم ، فإنـــه يشـــترط أن تـــتوافر لـــدى الواعد نفس الأهلية الازمة لصحة العقد الموعود به " مشارطة التحكيم " :

شرط التحكيم يكون وعدا بعقد فى القانون الوضعى المصرى . ومن ثم ، فإنه يشترط أن تـتوافر لـــدى الواعد نفس الأهلية الازمة لصحة العقد الموعود به " **مشارطة التحكيم** " .

والوعـــد بالـــتعاقد هـــو : اتفاقا يتم بتوافق إرادتين . بموجبه ، يعد أحد المتعاقدين الآخر بإبرام عقد معين فى المستقبل ، إذا أظهر الأخير رغبته فى ذلك خلال مدة معينة ، فيتقيد الواعـــد بهذا الإتفاق ، دون أن يتقيد الموعود له بشئ [٢] ، وتنص المادة (١٠١) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" ١ – الإتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لايـــنعقد إلا إذا عينـــت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيها .

٢ – وإذا اشـــترط القـــانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا فى الإتفاق الذى يتضمنه الوعد بإبرام هذا العقد " .

---

(١) فى دراسة طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القانون الوضعى المصرى ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٣١ ، ٣٢ ، ص ٨١ ، ومابعدها .

(٢) فى دراسة أحكام الوعد بالتعاقد " تعريفه ، شروطه ، وآثاره " ، أنظر : **عبد الودود يحي – الموجز فى الـــنظرية العامـــة للإلتزامات** – ١٩٨٢ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٣٦ ، ومايليه ، ص ٤٨ ، ومابعدها

ومفاد النص المتقدم ، أن الوعد بالتعاقد هو عقدا كاملا يتم بايجاب ، وقبول . ولذلك ، فإنه يجب أن تتوافر فيه شروط الإنعقاد ، وشروط الصحة الازمة لأى عقد من العقود ، ولكن نظرا لأن الوعد بالتعاقد يلزم الواعد ، دون الموعود له ، فإنه يجب أن تتوافر فى الواعد الأهلـية الازمـة لإبرام العقد النهائى . أما الموعود له ، فيعتبر الوعد بالتعاقد بالنسبة له نافعـا نفعـا محضـا . ولذلك ، يكفى أن يكون مميزا ، ولايشترط أن تتوافر فيه الأهلية الازمة لإبرام العقد الموعود به ، إلا وقت إبرام العقد النهائى (١) .

حيـن تجـيز الأنظمة القانونية الوضعية للأفراد ، والجماعات الإلتجاء إلى نظـام التحكـيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة ، وغير المحددة ، لحظة إبـرام الإتفـاق علـى التحكيم ، والتى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بمناسـبة تفسـير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم – مصدر الرابطة القانونية – بمقتضى شرط للتحكيم فإن ذلك يمثل حلقة مؤدية إلى التحكيم

حيـن تجيز الأنظمة القانونية الوضعية للأفراد ، والجماعات الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة ، وغير المحددة ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، والتى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم – مصـدر الـرابطة القانونـية – بمقتضى شرط للتحكيم فإن ذلك يمثل حلقة مؤدية إلى التحكيم . فإرادة الأفراد ، والجماعات داخل الدولة فى الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة ، وغير المحددة ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، والتى يمكن أن تنشـأ بيـنهم فـى المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم – مصـدر الرابطة القانونية – بمقتضى شرط للتحكيم تظهر منذ البداية فى العقد التجارى ، أو فى العقد المدنى ، والذى يرد به شرط التحكيم ، ويضع هذا الشرط على أطراف العقد الأصـلى المـبرم بيـنهم – مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمنه – التزاما بإبرام مشـارطة تحكيم تتضمن موضوع النزاع الذى نشأ فعلا بينهم ، عن العقد الأصلى المبرم بيـنهم – مصـدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمنه – وتسمية أعضاء هيئة التحكيم ، للفصـل فيه ، فى حدود طلبات الأطراف المحتكمين ، ووفقا للقواعد ، والإجراءات التى تكون الأنظمة القانونية الوضعية قد قررتها بخصوص نظام التحكيم ، مالم يتفق الأطراف

(١) أنظر عبد الودود يحي – الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات – بند ٣٧ ، ص ٤٨ ، ٤٩ .

المحـــتكمون على إعفاء هيئة التحكيم من الخضوع لها ، إلا مايتعلق منها بالنظام العام L'ordre public ، وحقوق الدفاع للأطراف المحتكمين .

عـــرف جانـــب مـــن الفقـــه شـــرط التحكيم بأنه : " الوعد بالتحكيم La promese de compromettre فيما يثور مستقبلا بين المتعاقدين من منازعات تنشأ عن العقد الذى تضمن هذا الوعد " :

عـــرف جانب من الفقه [١] شرط التحكيم بأنه : " **الوعد بالتحكيم La promese de compromettre فيما يثور مستقبلا بين المتعاقدين من منازعات تنشأ عن العقد الذى تضمن هذا الوعد** " . وبمعنى آخر ، **فإن شرط التحكيم هو : مجرد وعدا بالتحكيم** ، لأنه ولئـــن ألـــزم الأطـــراف المحتكمين بالخضوع لنظام التحكيم ، فإن هذا التحكيم لايقوم إلا بإبـــرامهم مشـــارطة تحكيم فى المستقبل ، والتى يحدد فيها الأطراف المحتكمون موضوع الـــنزاع الـــذى نشـــأ فعلا بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم – **مصدار الرابطة القانونية** ، والذى تضمنه – ويتم فيها تسمية أعضاء هيئة التحكيم ، إذ لايتصور قـــيام تحكيم فى نزاع لم ينشأ بعد بين الأطراف المحتكمين ، كما لايتصور تسمية أعضاء هيئة التحكيم قبل نشأة أية نزاع بين الأطراف المحتكمين ، قد يقع ، وقد لايقع . وإذا وقع ، فقد يكون ذلك بعد فترة طويلة ، يكون فيها أعضاء هيئة التحكيم قد وافتهم – كلهم ، أو بعضـــهم – المنـــية ، أو أصابهم عارضا ، أفقدهم صلاحيتهم للفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق على التحكيم . ومن ثم ، فإنه لايمكن عند إدراج شرط التحكيم فى العقد الأصلى المـــبرم بيـــن الأطراف المحتكمين – **مصدر الرابطة القانونية** ، والذى تضمنه – سوى الوعد بالتحكيم [٢] .

---

[١] انظر :

HAMONIC (G .) : L'arbitrage en droit . L . G . D . J . Paris . 1950 . P . 10 , 27 .

وانظـــر أيضـــا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار ليها – بند ٩ ، ومايليه ، ص ١٥٨ ، ومابعدها

[٢] أنظر : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٠ ، ص ١٥٩ .

ويجد تعريف الفقه المتقدم ذكره لشرط التحكيم سنده القانوني فيما قضت به المادة (١٠١/ ١) من القانون المدني المصري ، والتي تنص على أنه :

" **الإتفــاق الــذي يعــد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لايــنعقد إلا إذا عينــت جمــيع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبــرامه فــيها** " . فهــو الحــال في شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي المبرم بين الأطــراف المحتكمين – **مصدر الرابطة القانونية ، والذي تضمنه** – حيث يعد كل طرف محــتكم الأطــراف المحتكمين الآخرين بالخضوع لنظام التحكيم ، فيما يثور بينهم من مــنازعات ، قد تنشأ عن تفسير العقد الأصلي المبرم بينهم – **مصدر الرابطة القانونية ، والــذي تضمنه** – أو تنفيذه في المستقبل . لذلك يصح القول بأن شرط التحكيم – **كوعد بالتعاقد** – يعتبر عقدا بمعنى الكلمة ، يمهد لإبرام عقد آخر ، وهو مشارطة التحكيم .

ويســتوي في التحليل المتقدم أن يرد شرط التحكيم كبند من بنود العقد الأصلي المبرم بين الأطراف المحتكمين – **مصــدر الرابطة القانونية ، والذي يتضمنه** – أو في اتفاق مستقل عنه ، ففي الحالتين يتميز شرط التحكيم – **كوعد بالتعاقد** – عن مشارطة التحكيم – **كعقد موعــود بــه** . إذ بيــنما يتضــمن الأول " **شــرط التحكيم** " وعدا من كل من الأطراف المحتكميــن للأطــراف المحتكميــن الآخرين بإخضاع نزاع قد ينشأ بينهم في المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلي المبرم بينهم – **مصدر الرابطة القانونية ، والذي تضــمنه** – لــنظام التحكــيم ، فــإن الــثاني " **مشارطة التحكيم** " يتضمن التزام أطرافه المحتكميــن بإخضاع نزاع نشأ فعلا بينهم لنظام التحكيم ، فضلا عن تسمية أعضاء هيئة التحكيم .

يــثور التســاؤل عن مدى حرية أطراف العقد الأصلي المبرم بين الأطراف المحتكمين – مصدر الرابطة القانونية ، والذي تضمن شرط التحكيم – في إبــرام مشــارطة تحكــيم ، عــند نشأة النزاع المحتمل ، وغير المحدد في المســتقبل بينهم ، بمناسبة تفسيره ، أو تنفيذه ، فهل تخضع هذه المسألة لمبدأ سلطان إرادة الأطراف المحتكمين ؟ :

يــثور التساؤل عن مدى حرية أطراف العقد الأصلي المبرم بين الأطراف المحتكمين – مصدر الرابطة القانونية ، والذي **تضمن شرط التحكيم** – في إبرام مشارطة تحكيم ، عند نشــأة الــنزاع المحتمل ، وغير المحدد في المستقبل بينهم ، بمناسبة تفسيره ، أو تنفيذه ،

فهــل تخضع هذه المسألة لمبدأ سلطان إرادة الأطراف المحتكمين ؟ . إذا كان الرد على ذلــك بالإيجـــاب ، فإن النظر إلى شرط التحكيم - **وباعتباره عملا إراديا يتضمن الوعد بالتحكيم** - يقتضى القول بأنه إذا رفض أحد الأطراف المحتكمون إبرام مشارطة تحكيم ، عــند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بيــنهم - **مصــدر الرابطة القانونية ، والذى تضمن شرط التحكيم - فلايكون للأطراف المحتكميــن الآخريــن سوى مطالبته بالتعويض عما أصابهم من أضرار ، بسبب إخلاله بشــرط التحكيم** . وينبنى على ذلك القول ، **أن عدم موافقة أحد الأطراف المحتكمين على إبرام مشارطة تحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقــد الأصلى المبرم بينهم - مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمن شرط التحكيم** - يعــنى عــدم خــروج النزاع موضوع شرط التحكيم من ولاية المحكمة المختصة أصلا بتحقــيقه ، والفصــل فــى موضوعه ، واقتصار الأمر على مطالبة هذا الطرف المحتكم بالتعويض عن إخلاله بشرط التحكيم .

وفقا للرأى الراجح فى الفقه ، فإن شرط التحكيم المدرج فى عقد من العقود - وأيا كانت طبيعته ، وباعتباره وعدا بالتحكيم - ليس مجرد التزاما بعمل ، لايتخلف عن الإخلال به سوى الحكم بالتعويض فقط على الطرف المماطل ، وإنمــا يجــب النظر إليه كالتزام قابل للتنفيذ العينى ، وهو تنفيذا يفرضه القاضى العام فى الدولة على الطرف المحتكم المماطل فرضا ، مادام لم يقم بتنفيذه إختيارا :

وفقا للرأى الراجح فى الفقه ، فإن شرط التحكيم المدرج فى عقد من العقود - **وأيــا كانت طبيعته ، وباعتباره وعدا بالتحكيم** - ليس مجرد التزاما بعمل ، لايتخلف عن الإخلال به ســوى الحكم بالتعويض فقط على الطرف المماطل ، **وإنما يجب النظر إليه كالتزام قابل للتنفيذ العينى ، وهو تنفيذا يفرضه القاضى العام فى الدولة على الطرف المحتكم المماطل فرضا ، مادام لم يقم بتنفيذه إختيارا** ، إستنادا إلى ماقضت به المادة (١٠٢) من القانون المدنى المصرى ، والتى تنص على أنه :

" إذا وعــد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط الازمة لتمام العقد وبخاصة مايتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد " .

فمفـاد الـنص المتقدم ، أن حكم القاضى العام فى الدولة يحل محل إرادة الأطراف ذوى الشـأن فـى تنفيذ الوعـد بالـتعاقد ، متى حصل هذا الحكم القضائى على قوة الأمر المقضى [١] .

يـرى جانـب من الفقه أن قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسـنة ١٩٦٨ - وفـى نصوص التحكيم الملغاه بواسطة القانون الوضعى المصـرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والـتجارية " المواد (٥٠١) - (٥١٣) " - لم يكن يعالج قصور نص المـادة (١٠٢) من القانون المدنى المصرى . وخاصة ، بالنسبة لمسألة رفـض أحـد أطـراف العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم - إبرام مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عـند نشـأة الـنزاع موضوع شرط التحكيم ، أو عدم مشاركته فى تعيين أعضـاء هيئة التحكيم ، وحلول القاضى العام فى الدولة - والمختص أصلا بتحقـيق الـنزاع موضـوع شرط التحكيم ، والفصل فى موضوعه ، لو لم يوجـد اتفاقـا علـى التحكيم - محل إرادة الأطراف المحتكمين فى عرض النزاع على هيئة التحكيم :

يرى جانب من الفقه [٢] أن قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - وفـى نصوص التحكيم الملغاه بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " المواد (٥٠١) - (٥١٣) " - لـم يكن يعالج قصور نص المادة (١٠٢) من القانون المدنى المصرى . وخاصة ، بالنسـبة لمسـألة رفض أحد أطراف العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونـية ، والمتضـمن شرط التحكيم - إبرام مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، أو عدم مشاركته فى تعيين أعضاء هيئة التحكيم ، وحلول

---

(١) أنظـر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٢ ، ص ١٦٣ ، بند ٣٦ ، ص ٢١٧ .

(٢) أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - ص ٢١٧ ، ومابعدها .

القاضي العام فى الدولة – والمختص أصلا بتحقيق النزاع موضوع شرط التحكيم ، والفصل فى موضوعه ، لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم – محل إرادة الأطراف المحتكمين فى عرض النزاع على هيئة التحكيم ، إذ كانت المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – تنص على أنه :

" يجب تعيين أشخاص المحكمين فى الإتفاق على التحكيم ، أو فى اتفاق مستقل " ، مما كان يثير التساؤل عن الحل الواجب الإتباع فيما لو لم يحصل هذا التعيين ، لاختلاف الأطراف المحتكمون حول أشخاص أعضاء هيئة التحكيم ؟ . فضلا عن أن المشرع الوضعى المصرى وفى نص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – لم يكن يبين جزاء على مخالفة الإلتزام الوارد فيها .

من جانبنا ، نرى أن الموقف الذى سبق أن انتهجته محكمة النقض الفرنسية فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، كان أكثر حظا من الرأى السائد فى الفقه فى مصر من مسألة مدى حرية أطراف العقد الأصلى – مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم – فى إبرام مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، بمناسبة تفسير العقد الأصلى – مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم

من جانبنا ، نرى أن الموقف الذى سبق أن انتهجته محكمة النقض الفرنسية فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، كان أكثر حظا من الرأى السائد فى الفقه فى مصر من مسألة مدى حرية أطراف العقد الأصلى – مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم – فى إبرام مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، بمناسبة تفسير العقد الأصلى – مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم – لاتفاق الحل الذى تبنته مع طبيعة نظام التحكيم – كوسيلة مرنة ، فعالة ، وسريعة للفصل فى المنازعات – وهذه الطبيعة لاتتفق مع إمكانية حصول الطرف صاحب المصلحة فى عرض النزاع على هيئة التحكيم على حكم من القضاء العام فى

الدولـــة ، يكـــون حائـــزا لقـــوة الأمـــر المقضى ، ومايكتنف ذلك من صعوبات ، تتعلق بإجراءات التقاضى العام فى الدولة ، ومايستلزم ذلك من وقت طويل نسبي ، مما لايحقق الغـــرض المقصـــود مـــن الـــتجاء الأفراد ، والجماعات إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المـــنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، وهو ســـرعة الفصل فيها ، وتفادى الإلتجاء إلى إجراءات التقاضى العادية ، والتى قد تستغرق وقتا طويلا .

لـــتفادى مايواجـــه الطـــرف صاحب المصلحة فى عرض النزاع على هيئة التحكـــيم مـــن صعوبة فى الحصول على حكم من القضاء العام فى الدولة ، يكـــون حائز لقوة الأمر المقضى ، لما يستغرقه ذلك من وقت قد يطول فى بعـــض الأحيان . وكذلك ، معالجة قصور نص المادة (١٠٢) من القانون المدنـــى المصرى ، فقد كان من الازم أن يتدخل المشرع الوضعى المصرى بـــنص يسمح باتباع الحل المقرر فى القانون الوضعى الفرنسى - والمنوه عنه من قبل :

لـــتفادى مايواجـــه الطـــرف صاحب المصلحة فى عرض النزاع على هيئة التحكيم من صـــعوبة فـــى الحصـــول على حكم من القضاء العام فى الدولة ، يكون حائز لقوة الأمر المقضـــى ، لمـــا يستغرقه ذلك من وقت قد يطول فى بعض الأحيان . وكذلك ، معالجة قصـــور نص المادة (١٠٢) من القانون المدنى المصرى ، فقد كان من الازم أن يتدخل المشرع الوضعى المصرى بنص يسمح باتباع الحل المقرر فى القانون الوضعى الفرنسى - والمـــنوه عـــنه من قبل . ونتيجة لذلك فقد خولت المادة (١٧) من القانون الوضعى المصـــرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية للطـــرف ذى المصـــلحة أن يلجأ إلى القضاء العام فى الدولة ، ويطلب منه تعيين أعضاء هيئة التحكيم - كلهم ، أو بعضهم - فيقوم حكم القاضى العام فى الدولة مقام الإتفاق على التحكيم ، حيث يفرض شرط التحكيم على أطراف العقد الذى تضمنه ، بحيث ينفذ جبرا ، والخـــلاف الـــذى قـــد يـــثور بين أطراف شرط التحكيم ، ويكون من شأنه الحيلولة دون اضـــطلاع هيـــئة التحكيم بمهمتها التحكيمية لاينبغى أن يحول دون تنفيذ شرط التحكيم ، بحيـــث إذا اخـــتلف أطراف شرط التحكيم حول تعيين أعضاء هيئة التحكيم - كلهم ، أو بعضهم - فإنه يجوز لأى منهم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع

موضوع شرط التحكيم ، إذا تعلق الأمر بتحكيم داخلى . ولرئيس محكمة استئناف القاهرة – مــالم يــتفق الأطراف المحتكمون على اختصاص رئيس محكمة استئناف أخرى فى مصــر – فى حالة التحكيم التجارى الدولى " المادة (٩) من القانون الوضعى المصرى رقــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية "[1] الأمر بإلــزام خصمه بالمشاركة فى هذا التعيين ، فى مدة معينة ، وإلا قامت هذه المحكمة بهذا التعييــن من تلقاء نفسها ، واتخاذ جميع الإجراءات الازمة لمباشرة هيئة التحكيم لمهمتها التحكيمية . فضلا عن التزام الطرف المذكور بالتعويض ، متى كان له مقتض .

---

[1] تنص المادة (٩) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ١– يكــون الإختصـــاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصـــة أصـــلا بنظر النزاع ، أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج ، فــيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر .

٢ – وتظــل المحكمة التى ينعقد لها الإختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص حتى إنتهاء جميع إجراءات التحكيم " .

المبحث الرابع

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته [1]

تقسيم :

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته فى مجموعة المرافعات الفرنسية .

والمطلب الثانى : نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته فى القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

---

(١) فى دراسة شروط صحة الإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٠٢ ، ومايليه ، ص ٣٧١ ، ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٢٢ ، ومايليه ، ص ٣٦ ، ومابعدها .

المطلب الأول

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته
فـــــى مجموعة المرافعات الفرنسية

بطـــلان شـــرط التحكيم ، لاستحالة تحديد موضوع النزاع فيه ، وفقا لنص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

كانت المادة (١٠٠٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة قد اقتصرت على جواز التحكـــيم بمشارطة تحكيم ، للفصل فى نزاع نشأ بالفعل بين الأطراف المحتكمين ، لحظة إبـــرام الإتفاق على التحكيم ، ولم تتحدث عن شرط التحكيم – **جوازا** ، **أو بطلانا** – الأمر الـــذى أدى إلى نشأة جدل فى الفقه ، وأحكام القضاء فى فرنسا حول صحة هذا الشرط ، حيـــث كان التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة يجد أساسه عموما فى المادة (١٠٠٣) منها ، والتى كانت تنص على أنه :

" يجـــوز للأفـــراد الإلتجاء إلى التحكيم فى جميع الحقوق التى يتمتعون بحرية التصرف فيها " .

بـــيد أن المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة كانت قد قيدت النص القانونى الوضعى الفرنسى المتقدم بما قضت به من أنه :

" يجـــب أن تتضـــمن مشارطة التحكيم تعيين موضوع النزاع وتسمية المحكمين ، وإلا وقعـــت باطلة " . ومعنى ذلك ، أنه ولئن جاز للأفراد ، وللجماعات الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم ، للفصل فى نزاع نشأ فعلا بينهم ، حيث يمكن تعيينه ، وتسمية أعضاء هيئة التحكـــيم فى الإتفاق المعروف بمشارطة التحكيم ، **فإنه لايجوز الإتفاق مقدما فى عقد من** العقود – **وأيا كانت طبيعته** – على الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن تفسيره ، أو تنفـــيذه فـــى المســـتقبل ،عن طريق نظام التحكيم – **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها** ، **والفصل فى موضوعها** – وهو مايعنى بطلان شرط التحكيم .

فالفقه كان قد استلزم ضرورة توافر العناصر التى اقتضتها المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لصحة الإتفاق على التحكيم . **ألا وهى** : أن ينصب على نزاع معيـــن ، وقائما فعلا بين الأطراف المحتكمين ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، وليس

نـــزاعا محتملا الوقوع فى المستقبل ، وأن تتم تسمية أعضاء هيئة التحكيم بأشخاصهم فى الإتفاق على التحكيم .

ونظـــرا لأن شـــرط التحكـــيم ينشئ التزاما بعمل على عاتق أطرافه ، فإنه لايمكن إجبار المتعاقد على تنفيذ ماالتزم به ، واختيار أعضاء هيئة التحكيم مستقبلا – **وعند نشأته بين أطــراف شرط التحكيم** – عملا بنص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السـابقة ، وإن كان هناك من رد على ذلك بأن هذا الإلتزام يمكن احترامه ، وتنفيذه عن طريق اختيار هيئة تحكيم عن طريق القضاء العام فى الدولة [١] .

فبعد أن كان القضاء الفرنسى قد استقر على جواز شرط التحكيم حتى أوائل القرن التاسع عشـر [٢] – **مســتندا فــى ذلك لمبدأ حرية الإتفاقات ، واعتبار المادة (١٠١٣) من مجموعــة المرافعات الفرنسية السابقة تطبيقا لهذا المبدأ** – عاد ، وعدل عن موقفه هذا إلــى بطــلان شرط التحكيم ، ورفض الإعتراف بصحته ، جريا وراء المبدأ الذى قررته محكمة النقض الفرنسية فى حكم شهير لها ، والصادر فى (١٠) يوليو سنة ١٨٤٣ [٣] ،

---

(١) أنظر :

ROBERT (J .) : Traite de l'arbitrage . ed . 1967 . N . 36 et s .

(٢) أنظر :

M . ROTHE : La clause compromissoire . p . 11 et s ; Repertoire De Droit civil . N. 184 ; Juris – classeur . procedure civile . Arbitrage . Fasc . 1010 . 9 . 1984 . N. 24 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N. 11 . p. 22 .

وانظر أيضا :

Cass . civ . 3 Aout . 1836 . 1 . 437 ; Lyon . 25 Mars . 1840 . S . 1841 . 2 . 342 ; Colmar . 24 Aout . 1835 . S . 1863 . . 246 ; Nancy . 2 Juin . 1842 . S . 2 . 303 ; Agens . 1 er Juin . 1843 . S . 1843 . 2 . 398 .

وقد ساير القضاء الفرنسى القضاء البلجيكى فى إجازة شرط التحكيم ، وفى اعتبار أن المادة (١٠٠٦) مــن مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لاتمثل عقبة أمام شرعية شرط التحكيم ، باعتباره وعدا بالإتفاق على التحكيم . ومن ثم ، لاينطبق حكم المادة المذكورة . من هذا القضاء البلجيكى ، أنظر

Bruxelles , 11 Fev . 1833 ; Cass Belge . 8 Juin . 1849 ; Cass Belge . 4 Dec . 1879 . cites par : BERNARD , op . cit . , N . 155 . p . 91 ; Cass . Belge . 17 Fev . 1888 . D . P . 1889 . 2 . 168 .

(٣) أنظر

علـــى أساس أن المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة قد استلزمت تحديـد موضـــع النزاع ، وأسماء أعضاء هيئة التحكيم فى مشارطة التحكيم ، وإلا وقعت باطلة ، ولايمكن – فى رأى القضاء الفرنسى – تحديد موضوع النزاع فى شرط التحكيم ، لــتعلقه بما قد ينشأ مستقبلا بين الأطراف المتعاقدة من منازعات ، سواء تعلقت بتفسير العقـد المبرم بين أطرافه – مصدر الرابطة القانونية – أم بتنفيذه . فضلا عن أن الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – يعد استثناء من القواعد العامة ، لأنه يتضمن مخالفـة لقواعـد آمـرة ، وهـى قواعـد الولاية ، والإختصاص القضائى فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، والتى لاتجوز مخالفتها أصلا ، إلا إذا أجاز القانون ذلك صراحة . ولهـذا ، كان من الواجب عدم التوسع فى تفسير هذا الإستثناء ، والوقوف به عند الحالة التى حددتها المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة .

بالإضـــافة إلى أن شرط التحكيم لايخلوا من الإعتساف . وبصفة خاصة ، فى العقود التى لايـتكافأ فيها الطرفان المتعاقدان – كعقود الإذعان contrats d'adhesion ، حيث يصـــبح شـــرط التحكيم شديد الخطر ، متى استطاع الطرف القوى فرضه على الطرف الضعيف ، عند إبرام العقود ، واحتمال قسوة الطرف القوى ، والتى قد تصل إلى حد منع الطـرف الضـــعيف مـــن الطعن فى حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم ، فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] .

واســتمر هــذا الرأى سائدا فى القضاء الفرنسى لمدة طويلة ، سواء لدى محكمة النقض الفرنسية [2] ، أو لدى المحاكم الأخرى الفرنسية ، والتى سلكت نفس المسلك [3] .

Cass . civ . 10 Juillet . 1843 . 1 . 343 . S . 1843 . 1 . 651 . Note : DEVILLENEUVE .

(١) أنظر :

RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . nature juridique . N . 18 . P . 19 – 20 . N. 84 . P . 66 ; MOTULSKY (H .) : La respecte de la clause compromissoire . Rev . Arb . 1955 . P . 13 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , P . 21 , 28 , 44 , 129 , 148 , 201 ; PERROT ROGER : Institutions judiciaires . 1983 . Montchrestien . Paris . N. 55 .

(٢) أنظر :

Cass . civ , 2 Dec 1844 . S . 1845 , 1 , 79 ; Req . 20 Nov . 1854 , D . P . 1s855 , 1 , 233 ; Cass . req , 15 Juill , 1879 , 1 , 364 ; Cass . req , 22 Mars , 1880 , S , 1 181 , 1 , 10 ; Cass . req , 28 Juin , 1889 , 1 ,

كانـــت أحكام القضاء فى فرنسا قد قّررت أن بطلان شرط التحكيم - وعلى ضـــوء المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة - هو بطلانا نسبيا لايتعلق بالنظام العام :

كانت أحكام القضاء فى فرنسا قد قررت أن بطلان شرط التحكيم - **وعلى ضوء المادة (١٠٠٦) مـــن مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة** - هو بطلانا نسبيا لايتعلق بالنظام العـــام ، أى أن القاضـــى الفرنســـى لايستطيع أن يحكم به من تلقاء نفسه ، ويصحح هذا الـــبطلان قيام الأطراف المحتكمون بتعيين أعضاء هيئة التحكيم ، بالإتفاق فيمابينهم [1] ، كمـــا يـــزول هذا البطلان إذا تم تنفيذ شرط التحكيم إختيارا ، أو تم قبوله بعد قيام النزاع موضوع شرط التحكيم [2] .

---

331 ; Cass . civ , 26 Juill , 1893 , S , 1894 , 1 , 215 ; Cass . req , 8 Dec . 1914 ; Cass . req . 20 Avr , 1931 , S , 1931 , 245 .

(٣) أنظر :

Paris , 5 Juill , 1894 , S , 1896 , 2 , 210 ; Lyon , 5 Janv . 1906 , D. P . 1906 , 5 . 57 ; Rennes , 5 Nov . 1912 , D. P . 1913 , 2 , 127 ; Rennes , 27 Oct . 1933 . S . 1934 , 2 , 71 ; Aix . 13 Oct . 1949 . Gaz . Pal . 1949 , 2 , table , voire arbitrage , N. 1 , P . 13 .

(١) أنظر :

Cass . civ . 26 Juillet , 1893 , D. P . 1894 . 1 – 61 . S . 1894 . 1 . 215 ; Req . 21 Juin . 1904 . D. P . 1906 . 1 . 395 . S . 1906 . 1 . 22 ; Req . 8 Decembre . 1914 , D. P . 1916 . 1 . 194 ; Req . 8 Janv . 1924 . S . 1924 . 1 . 315 ; Req . 20Avr . 1931 . S . 1931 . 1 . 245 . J . C . P . 1947 . IV . 127 .

وانظـــر أيضـــا : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢٤ - الهامش رقم (٣) .

(٢) أنظر :

Cass . com . 13 Nov . 1972 . Rev . Arb . 1973 . 130 . Note : FOUCHARD ; Cass . civ . 10 Octobre . 1978 . Rev . Arb . 1979 . 352 . Note : B . M . J . C . P . 1980 . 11 . 19390 . Note : GALLE ; Paris . 15 Maris . 1979 . Rev . Arb . 1979 . 501 . Note : COURTEAULD .

إنتقاد مسلك القضاء فى فرنسا القائل ببطلان شرط التحكيم ، فى ضوء نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

إنتقد جانب من الفقه مسلك القضاء فى فرنسا القائل ببطلان شرط التحكيم ، فى ضوء نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، إستنادا إلى أن شرط التحكيم لايعد اتفاقا على التحكيم ، حتى يجب أن يكون موضوعه محددا ، وإنما يعتبر وعدا بالتحكيم ، يلتزم أطرافه بإبرام مشارطة تحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم بينهم فى المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم – مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمن شرط التحكيم .

فضلا عن أنه – وبعد الحرب العالمية الأولى – قد شاع شرط التحكيم فى المعاملات التجارية . خاصة ، ماكان منها ذا صفة دولية ، وتأذى التجار الفرنسيون من الحكم الذى يقضى ببطلان شرط التحكيم ، فى ضوء المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، حيث شعروا أنهم فى مركز أدنى من مركز التجار الأجانب الذين يتعاقدون معهم [١] . إذ لما كانت معظم التشريعات الأجنبية تجيز أن يدرج الأفراد ، والجماعات داخل الدولة شروطا للتحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة ، وغير المحددة

---

(١) أنظر :

GLASSON , TISSIER et MOREL : Traite theorique et pratique de procedure civile et commercial . 3e ed . 1859 . N . 11 ; WHAL : La clause compromissoire en matiere commercial . J . C . P . 1927 . ed . G . I . P . 3 . N .16 ; J . P . PALEWSKI : L'arbitrage en matiere commercial et la jurisprudence de la cour de cassation . clunet . 1933 . P . 845 ; BERNARD (A .) : L'arbitrage volontaire en droit prive Belge et Francais . Bruxelles . 1937 . N . 154 ; R . MOREL : Traite elementaire de procedure civile . 2e ed . Sirey . 1949 . N. 718 . P. 547 ; la clause compromissoire en matiere commercial . Rev . crit . de . legis et de la Juris . 1926 . P . 487 ; G . HAMONI : L'arbitrage en droit commercial . L .G . D . J . Paris . 1950 . P. 10 ; ROBERT (J .) : Arbitrage civile et commercial . 1967 . Dalloz . 4e ed . P . 22 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , P . 17 et s .

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٨١ ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٧٣ ، ومايليه ، ص ٦٩ ، ومابعدها .

، والـتى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى – **مصدر الرابطة القانونية ، والـذى يتضمن شرط التحكيم** – عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **بعكس المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة** – فإن التجار الأجانب قد استطاعوا أن يفرضوا على التجار الفرنسيين شروطا للتحكيم . والتى بموجبها ، تخضع المنازعات المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقود المبرمة معهم لنظام التحكيم خارج فرنسا ، دون أن يستطيع التجار الفرنسيون فرض أسلوب المعاملة بالمثل ، لبطلان شرط التحكيم ، فى ضوء المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة .

إعتراف فرنسا بمشروعية شرط التحكيم فى منازعات التجارة الدولية ، بتوقيعها على اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٣ :

بعد الحرب العالمية الأولى – **وعلى أثر ازدهار المعاملات التجارية الدولية – إعترفت** فرنسا بمشروعية شرط التحكيم فى منازعات التجارة الدولية ، بتوقيعها على اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٣ – **والتى أجازت شرط التحكيم فى المعاملات الدولية** [١] .

كانت محكمة النقض الفرنسية قد قضت بعدم بطلان شرط التحكيم ، إذا كانت العلاقة محل النزاع موضوع شرط التحكيم دولية ، وخاضعة لقانون وضعى أجنبى :

كانت قضت محكمة النقض الفرنسية قد قضت بعدم بطلان شرط التحكيم ، إذا كانت العلاقة محل النزاع موضوع شرط التحكيم دولية ، وخاضعة لقانون وضعى أجنبى ، معتبرة بذلك أن البطلان الناشئ عن مخالفة نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ليس من النظام العام الدولى .

---

(١) أنظر :

Cass . req . 21 Juin . 1904 . precite ; Cass . req . 8 Dec . 1914 . precite ; Cass . civ . 4 Janv . 1931 . D . P. 1920 . 1 . 53 .

إجـازة شـرط التحكـيم فـى منازعات التجارة الوطنية بفرنسا ، بمقتضى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ :

فـى تطـور لاحق ، لاحظ المشرع الوضعى الفرنسى الأهمية العملية لشرط التحكيم فى معاملات التجارة الوطنية ، من خلال ماجرى عليه القضاء التجارى فى فرنسا من تدعيم وشـائج أحكامه الوطنية ، بالقواعد الخاصة بأحكام التحكيم الصادرة فى منازعات التجارة الدولـية ، والمسبوقة بشرط التحكيم ، وأراد المشرع الوضعى الفرنسى إختصار الطريق أمـام التجار الفرنسيين ، فأجاز لهم شرط التحكيم ، والذى يمهد لهم الإلتجاء إلى التحكيم مباشرة ، فى منازعات التجارة الوطنية بفرنسا ، دون حاجة للعروج على ساحات المحاكم الـتجارية ، بالقانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، والذى أضاف الفقرة التالية للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية :

" يجـوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق " ، وهذه المنازعات هى :

(١) – المنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار .

(٢) – المنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية .

(٣) – المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين الأفراد [١] .

فهـذا التشريع الوضعى الفرنسى الخاص – **والذى صدر فى فرنسا فى (٣١) ديسمبر سـنة ١٩٢٥ – قـد قرر للمرة الأولى صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية .** ونتيجة لذلـك ، فقد ظهرت مع الفقرة المضافة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية إمكانـية الإعتراف بشرط التحكيم . والذى مؤداه ، الإلتجاء إلى تحكيم داخل فرنسا ، فى

---

(١) أنظر :

CEZAR – BRU : Commentaire de la loi du 31 Decembre 1925 . lois nouvelles . P . 181et s ; JEAN ROBERT : Arbitrage civil et commercial en droit interne et international prive . 4e ed . 1967 . Dalloz . N . 101 et s . P . 133 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 42 . P . 73 et s ; Repertoire de Droit civile . 2e ed . T . 111 . 1987 . N . 73 et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٦ ، ومايليه ، ص ١٦٩ ، ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٧٨ ، ومايليه ، ص ٥٥٩ ، ومابعدها .

صدد نزاع مستقبلى ، دون تعيين أعضاء هيئة التحكيم بأسمائهم سلفا ، كما تتطلب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة .

دراســة مــنازعات الــتجارة الوطنــية التى أجاز بشأنها القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ الإلتجاء إلى تحكيم داخل فرنســا ، فــى صــدد نــزاع مستقبلى ، دون تعيين أعضاء هيئة التحكيم بأســمائهم ســلفا – كما تتطلب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

منازعات التجارة الوطنية التى أجاز بشأنها القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديســمبر ســنة ١٩٢٥ الإلتجاء إلى تحكيم داخل فرنسا ، فى صدد نزاع مستقبلى ، دون تعييــن أعضاء هيئة التحكيم بأسمائهم سلفا – كما تتطلب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة هى :

أولا – المنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار [1]

يقصــد بالمنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار : المــنازعات المتعلقة بالحياة التجارية للتجار ، وهو مايلزم أن يكون النزاع بيــن تاجرين ، وأن يكون متعلقا بأعمال تجارية أصلية ، أو أعمال تجارية بالتبعية الشخصية :

---

(١) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire . P. 9 et s ; Repertoire de Droit civil . 2e ed . T. 111 . 1987 . N . 78 et s ; Rep . de . dr . comm . clause compromissoire . compromis . T . 1 . 1988 . N . 78 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N . 49 et s .

وانظــر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٦ ، ص ١٦٩ ، ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٧٨ ، ص ٥٥٩ ، ٥٦٠ .

يقصـــد بالمنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار : المـــنازعات المتعلقة بالحياة التجارية للتجار ، وهو مايلزم أن يكون النزاع بين تاجرين ، وأن يكـــون متعلقا بأعمال تجارية أصلية ، أو أعمال تجارية بالتبعية الشخصية . بمعنى ، أنـــه يلـــزم لصـــحة شـــرط التحكيم أن يكون العقد مبرما بين تاجرين ، ومتعلقا بحياتهما الـــتجارية . فـــإذا كـــان أحد الأطراف شخصا مدنيا والآخر تاجرا ، فإن شرط التحكيم المـــدرج فى العقد لايكون صحيحا . **والمثال النموذجى لذلك هو :** عقد النشر المبرم بين دار للنشر ، والمؤلف . وكذلك ، عمليات البورصة المنفذة بواسطة غير التجار [١] .

ثانيا – المنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية [٢] :

يقصد بالشركة التجارية فى هذا الشأن : ليس فقط الشركة التجارية بحسب موضوعها ، وإنما يقصد بها أيضا الشركة التجارية بحسب شكلها :

---

(١) أنظر :

HERVE – CHASSERY : La clause compromissoire en Droit interne . P . 87 et s ; MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire . P. 96 et s ; Rep . de . comm . Arbitrage commerciale . T. 111 . 1988 . N . 44 et s ; Rep . de . dr . proc . civ . Arbitrage , Droit interne . T . 1 . 1988 . N . 107 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , ed . 1990 . N. 49 et s .

(٢) أنظر :

HAMEL (G .) et LAGARD (G .) : Traite elementaire de droit commercial . Dalloz . Paris . 1954 . P . 522 et s ; HAMONIC : L'arbitrage en Droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 . P . 17 et s ; ROBERT (J .) : Arbitrage civile et commercial . 5e ed . 1983 . N. 101 . P . 134 ; Rep . de . dr . civ . 2e ed , T . 1 . 1977 . N. 26 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , ed . 1990 . P. 64 et s .

وانظـــر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٠ (ب) ، ص ١٧٥ ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٧٩، ص ٥٦١ ، ومابعدها

يقصـــد بالشـــركة الـــتجارية فى هذا الشأن : ليس فقط الشركة التجارية بحسب موضوعها selon son objet ، وإنما يقصد بها أيضا الشركة التجارية بحسب شكلها selon sa forme ، والتى كان يعبر عنها قديما فى فرنسا بشركة التجارة societe de commerce .

يصـــح شـــرط التحكـــيم الـــوارد فى عقد الشركة التجارية ، أو فى نظامها الأساســـى ، للفصـــل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الشركاء ، أو المساهمين :

يصـــح شرط التحكيم الوارد فى عقد الشركة التجارية ، أو فى نظامها الأساسى ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الشركاء ، أو المساهمين .

متى ورد شرط التحكيم فى عقد الشركة ذاته ، أو فى نظامها الأساسى ، فلا يخضع له الشركاء ، أو المساهمون الأوائل الذين وقعوا على عقد الشركة ، أو صـــادقوا علـــى نظامهـــا فحســـب ، بـــل يخضع له أيضا الشركاء ، أو المســـاهمون الذيـــن انضـــموا إلى الشركة أثناء حياتها ، عن طريق شراء الحصص ، والأسهم ، أو الإكتتاب فى زيادة رأس مال الشركة :

مـــتى ورد شرط التحكيم فى عقد الشركة ذاته ، أو فى نظامها الأساسى ، فلا يخضع له الشركاء ، أو المساهمون الأوائل الذين وقعوا على عقد الشركة ، أو صادقوا على نظامها فحســـب ، بـــل يخضع له أيضا الشركاء ، أو المساهمون الذين انضموا إلى الشركة أثناء حـــياتها ، عـــن طـــريق شـــراء الحصص ، والأسهم ، أو الإكتتاب فى زيادة رأس مال الشركة [1] .

---

(١) أنظر :

HAMONIC : op . cit . , P. 17 et s ; CHASSERY : De la clause compromissoire . P. 83 et s ; MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit . , P. 91 et s .

يقصـــد بالمنازعات بين الشركاء ، أو المساهمون فى هذا الشأن : جميع المنازعات التى تنشأ عن عقد الشركة :

يقصـــد بالمـــنازعات بين الشركاء ، أو المساهمون فى هذا الشأن : جميع المـــنازعات التى تنشأ عن عقد الشركة ، سواء تعلقت بالعقد ذاته ، أم بتنفيذه ، أم تعلقت بـــنزاع يقتضـــى مباشرة دعوى الشركة قبل الشركاء ، أو دعوى الشركاء ضد الشركة . وكـــذا ، المـــنازعات المتعلقة ببطلان الشركة ، أو بطلان مداولات جمعيتها العامة ، أو المـــتعلقة بمســـئولية المديريـــن ، وأعضـــاء مجلـــس الإدارة ، أو بمطالبة الشركاء ، أو المســـاهمين بـــأداء الحصص الذين تعهدوا بتقديمها للشركة ، أو برد ماحصلوا عليه من أرباح صورية (١) .

ثار التساؤل بشأن مدى إمكانية تطبيق شرط التحكيم فيما يتعلق بالمنازعات التى تقتضى مباشرة الدعاوى القضائية الفردية ndividuelles actions عن طريق المساهمين ؟ :

ثـــار التساؤل بشأن مدى إمكانية تطبيق شرط التحكيم فيما يتعلق بالمنازعات التى تقتضى مباشرة الدعاوى القضائية الفردية **ndividuelles actions** عن طريق المساهمين ؟ .

إتجهـــت أحكام القضاء الفرنسى – وفى مجموعها – إلى اعتبار بعض هذه الدعـــاوى القضـــائية مـــتعلقة بالـــنظام العام d'ordre public ، وهو مايقتضـــى مباشرتها أمام المحكمة المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها :

إتجهـــت أحكـــام القضـــاء الفرنسى – **وفى مجموعها** – إلى اعتبار بعض هذه الدعاوى القضائية متعلقة بالنظام العام **d'ordre public** – **كدعوى حل الشركة مثلا action**

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , ed . 1990 . N . 45 et s .

en disolution – وهـو مايقتضى مباشرتها أمام المحكمة المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها [1] .

رأى جانب من الفقه أن اتجاه أحكام القضاء الفرنسى المذكور يمكن التسليم به إذا لم يتضمن نظام الشركة شرطا للتحكيم . أما إذا تضمنه ، فإنه لايوجد مبرر لإغفاله :

رأى جانب من الفقه [2] أن اتجاه أحكام القضاء الفرنسى المذكور يمكن التسليم به إذا لم يتضـمن نظـام الشركة شرطا للتحكيم . أما إذا تضمنه ، فإنه لايوجد مبرر لإغفاله ، إذ لايعدم المساهم وسيلة مباشرة حقوقه فى الشركة ، وهو يجد هذه الوسيلة حيث يوجد شرط التحكيم .

ثـار التساؤل عما إذا كان يجوز إدراج شرط التحكيم فى عقد الشركة ، أو فى نظامها الأساسى أثناء حياتها ؟ :

ثـار التسـاؤل عما إذا كان يجوز إدراج شرط التحكيم فى عقد الشركة ، أو فى نظامها الأساسى أثناء حياتها ؟ . وقد أجيب على ذلك من جانب الفقه بالإيجاب ، شريطة مراعاة الإجراءات ، والقواعد المتعلقة بتعديل عقد الشركة ، أو نظامها الأساسى [3] .

---

(١) أنظر :

MOREL (R .) : La clause compromissoire . L G. D . J . Paris . N . 37 et s ; Rep . de . dr . comm . Arbitrage . 1972 . N . 25 ; ROBERT (J .) : Arbitrage civil et commercial . ed . 1983 . N. 117 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N. 48 .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٠ ، ص ١٧٥ .

(٢) أنظر :

LEVEL : Juris – Classeur . procedure . fasc . 170 . cah ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 49 .

(٣) أنظر : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٥/ب ، ص ١٧ .

ثالثا – المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين جميع الأشخاص [1] :

نظر المشرع الوضعي الفرنسي نظرة موضوعية خالصة عند تقريره لصحة شـرط التحكـيم بالنسـبة للمنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين جميع الأشـخاص ، حيـث استلزم لصحة شرط التحكيم بين غير التجار أن يكون موضوع العقد تجاريا خالصا exclusivement commerciale :

نظر المشرع الوضعي الفرنسي نظرة موضوعية خالصة عند تقريره لصحة شرط التحكيم بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين جميع الأشخاص ، حيث استلزم لصحة شرط التحكيم بين غير التجار أن يكون موضوع العقد تجاريا خالصا **exclusivement commerciale** ، فشـرط التحكيم يكون جائزا عندئذ ، للفصل في المنازعات المتعلقة بالأعمـال ذات الطـابع التجاري **a caractere commerciale** ، بغض النظر عن صـفة القائمين بها ، أي سواء كان المباشرون لتلك الأعمال تجارا ، أم غير تجار . ففي الفرض الأخير ، يصح شرط التحكيم متى ورد في عقد معين بين شخصين غير تاجرين ، مـتى كـان موضـوع ذلـك العقـد **objet de contrat** عمـلا تجاريا **une acte commercialc** بالنسبة لهما في آن واحد [2] .

---

(١) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire. P. 96 et s ; Rep . de . dr . civ . 2e ed . T. 111 . 1987 . N. 78 et s ; Rep . de . dr . comm . clause compromissoire . compromis . T. 1 . 1988 . N . 78 et s .

وانظـر أيضـا : حسني المصري – شرط التحكيم التجاري – المقالة المشار إليها – بند ١٨ ، ١٩ ، ص ١٧١ ، ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٨٠، ص ٥٦٤ ، ومابعدها .

(٢) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit ., P. 87 et s .

وانظر أيضا :

Rep . de . dr . civ . T . 11 . 2e ed . 1977 . N . 195 et s ; Rep . de . dr . comm . T. 1 . N . 81 et s ; Rep . de . proc . civ . Arbitrage . Droit interne . T. 1 . 1988 . N . 195 et s .

لايجوز إدراج شرط التحكيم فى عقد معين بين تاجر وغير تاجر :

لايجـــوز إدراج شرط التحكيم فى عقد معين بين تاجر وغير تاجر - **كعقد العمل الفردى الـــذى يبرم بين رب العمل التاجر ، والعامل** - حيث **يعتبر تجاريا بالنسبة للأول ، ومدنيا** بالنسبة للثانى .

يـــبطل شـــرط التحكيم متى ورد فى عقد بين شخصين غير تاجرين ، وكان موضوع العقد تجاريا بالنسبة لأحدهما ، ومدنيا بالنسبة للآخر :

يبطل شرط التحكيم متى ورد فى عقد بين شخصين غير تاجرين ، وكان موضوع العقد تجاريـــا بالنسبة لأحدهما ، ومدنيا بالنسبة للآخر - **كعقد بيع المحصولات الزراعية الذى يقـــع بيـــن المزارع ، وشخص آخر غير تاجر ، كان قد إشتراها بغرض البيع ، وشراء غير التاجر لبضاعة بغرض إعادة البيع ، وإبرامه لعقد بالنسبة لكل منهما** (١) .

لم تنص الأنظمة القانونية الوضعية على الأعمال التجارية بالتبعية ، وإنما اســـتنبطها الفقـــه ، وأحكام القضاء من الفرض الذى يسعى إليه التاجر من خـــلال مباشرته لأعمال تعد فى طبيعتها مدنية ، ولكنه يستهدف من ورائها أعمال تجارته :

لم تنص الأنظمة القانونية الوضعية على الأعمال التجارية بالتبعية ، وإنما استنبطها الفقه ، وأحكـــام القضـــاء من الفرض الذى يسعى إليه التاجر من خلال مباشرته لأعمال تعد فى طبيعتها مدنية ، ولكنه يستهدف من ورائها أعمال تجارته . لذا ، فقد استقر الفقه ، وأحكام القضـــاء علـــى أن تأخذ فى حكمها الأحكام الواردة فى القانون التجارى ، لتبعيتها للعمل التجارى الأصلى ، إستنادا إلى قاعدة " **الفرع يتبع الأصل** " (٢) .

---

(١) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit . , P. 96 et s ; Rep . de . dr . comm . clause compromissoire . compromis . T. 1988 . N. 78 ets

وانظـــر كذلـــك الأمـــثلة العملية لهذا الفرض ، والمشار إليها لدى : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٢٠ ، ص ١٧٦ .

يشـترط لاعتـبار الأعمال المدنية أعمالا تجارية بالتبعية شرطين ، وهما : الشرط الأول – أن يباشر هذه الأعمال تاجرا ، والشرط الثانى – أن يباشر التاجر هذه الأعمال بمناسبة ، وبسبب أعمال تجارته :

يشترط لاعتبار الأعمال المدنية أعمالا تجارية بالتبعية شرطين ، وهما :

الشـرط الأول – أن يباشـر هذه الأعمال تاجرا : فإذا لم يكن تاجرا ، فإن هذه الأعمال لاتعد تجارية ، بل تظل أعمالا مدنية .

والشـرط الثانى – أن يباشر التاجر هذه الأعمال بمناسبة ، وبسبب أعمال تجارته :

أمـا إذا كانت هذه الأعمال منقطعة الصلة بتجارته ، فإنها تظل مدنية . فإذا اشترى تاجر سـيارة لاستخدامه الشخصى ، إعتبر هذا الشراء عملا مدنيا . كذلك ، إذا اشترى أساسا لتأثيـث منزله ، ظل العمل مدنيا . أما إذا اشترى التاجر سيارة – **وهذا التصرف يعد فى جوهـره من قبيل الأعمال المدنية** – وكان غرضه من شراء هذه السيارة هو استخدامها لنقل البضائع الخاصة بتجارته ، فإن هذا الشراء يعتبر من قبيل الأعمال التجارية بالتبعية للعمل التجارى . كذلك ، فإن شراء الأثاث يعد من قبيل الأعمال المدنية – **بحسب الأصل** . **أمـا إذا تـم الشراء** بقصد استخدامه – **أى الأثاث** – لاستقبال العملاء بالمحل التجارى للتاجر ، فإن هذا الشراء عندئذ ينقلب إلى عمل تجارى بالتبعية .

مـن المسـلم به فى فرنسا أن شرط التحكيم ، وكما يجوز بين التجار فى الأعمـال التجارية الأصلية Les actes principaux ، فإنه يجوز أيضا فى الأعمال التجارية بالتبعية Les actes accessoires :

مـن المسلم به فى فرنسا أن شرط التحكيم ، وكما يجوز بين التجار فى الأعمال التجارية الأصـلية **Les actes principaux** ، فإنـه يجوز أيضا فى الأعمال التجارية بالتبعية **Les actes accessoires** [١] .

---

(٢) أنظر : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٠ ، ص ١٧٦ .

(١) فى بيان تطبيقات عديدة لإدراج شرط التحكيم فى عقد من العقود التجارية بالتبعية الشخصية ، أنظر **DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N. 49 .**

يلـــزم للقـــول بمشـــروعية شرط التحكيم فى فرنسا للفصل فى المنازعات الناشئة عن الأعمال التجارية بالتبعية الشخصية أن يكون العقد الذى تضمن هذا الشرط تجاريا بالنسبة لطرفيه معا :

يلزم للقول بمشروعية شرط التحكيم فى فرنسا للفصل فى المنازعات الناشئة عن الأعمال التجارية بالتبعية الشخصية أن يكون العقد الذى تضمن هذا الشرط تجاريا بالنسبة لطرفيه معـــا ، وهو مايحصل فى عقد البيع الذى يقع بين تاجر أثاث ، وتاجر آخر يشتريه لتأثيث محلــه الـــتجارى . ففـــى مـــثل هذا الفرض ، يعتبر العمل تجاريا أصليا بالنسبة للبائع ، وتجاريا بالتبعية الشخصية بالنسبة للمشترى ، ولاشك فى صحة شرط التحكيم عند وروده بهذا العقد ، أو مايشابهه [1] .

إذا كـــان شرط التحكيم وكما يكون صحيحا عندما يدرج فى العقود لتسوية المـــنازعات الـــتجارية – ســـواء كانت متعلقة بأعمال تجارية أصلية ، أو بأعمال تجارية بالتبعية الشخصية ، أى بالنظر إلى الأشخاص الذين يبرمون مـــثل هـــذا الـــنوع من العقود – فهل يجوز القول فى فرنسا بصحة شرط التحكـــيم مـــتى كـــان موضـــوع العقـــد الـــذى ورد فـــيه تجاريا بالتبعية الموضوعية ؟ :

إذا كـــان شـــرط التحكيم وكما يكون صحيحا عندما يدرج فى العقود لتسوية المنازعات الـــتجارية – **ســـواء كانـــت متعلقة بأعمال تجارية أصلية ، أو بأعمال تجارية بالتبعية الشخصـــية** ، أى بالنظر إلى الأشخاص الذين يبرمون مثل هذا النوع من العقود – فهل يجـــوز القـــول فى فرنسا بصحة شرط التحكيم ، متى كان موضوع العقد الذى ورد فيه تجاريا بالتبعية الموضوعية ؟ .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٨ ، ص ١٧١ .

(١) أنظر : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – ص ١١٦ ، ومابعدها ، محمد توفيف سعودى – القانون التجارى – الجزء الأول – ١٩٩٣ – ص ٣٦ ، ومابعدها .

الأخذ بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية يؤدى إلى توسيع نطاق القانون التجارى :

الأخـــذ بـــنظرية الأعمـــال التجارية بالتبعية الموضوعية يؤدى إلى توسيع نطاق القانون الـــتجارى ، لأنهـــا لاتعتمد على صفة القائم بالعمل ، وإنما تقوم على طبيعة العمل ذاته . فيعتـــبر العمل المدنى تجاريا ، متى كان لازما لعمل تجارى بطبيعته ، ولو كان القائم به غـــير تاجـــر [1] ، ومـــثال ذلك : حالة شراء غير التاجر لبضاعة بغرض إعادة البيع ، وإبرامه لعقد نقل هذه البضاعة إلى السوق ، حيث يعتبر عقد البيع تجاريا بالنسبة للمشترى غير التاجر ، كما يعتبر عقد النقل عملا تجاريا بالتبعية الموضوعية بالنسبة له كذلك .

بالرغم من أن لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية من يؤيدها فى فرنســا ، إلا أن جانبا من الفقه قد ذهب إلى عدم جواز الأخذ بها فى نطاق شرط التحكيم :

بالـــرغم من أن لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية من يؤيدها فى فرنسا [2] ، إلا أن جانـــبا من الفقه قد ذهب إلى عدم جواز الأخذ بها فى نطاق شرط التحكيم ، حيث يتعارض ذلك مع ضرورة تفسير نص المادة (٣/٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية تفســيرا ضيقا ، وهى تتحدث عن المنازعات المتعلقة بعقود التجار . ونتيجة لذلك ، فإن شـــرط التحكيم الذى يرد فى عقد النقل فى المثال المتقدم ذكره يعتبر باطلا ، لأن الشاحن غير تاجر . فإذا اشترى غير التاجر بضاعة لأجل البيع من شخص آخر غير تاجر ، كان قـــد اشتراها لأجل البيع أيضا ، فإن العقد يكون تجاريا بالنسبة لهما معا . ومن ثم ، يصح شرط التحكيم الوارد فى هذا العقد . أما إذا قام المشترى بنقل البضاعة إلى السوق ، فإن شـــرط التحكـــيم الذى يرد بعقد النقل يقع باطلا ، لأن العقد يعتبر تجاريا بالنسبة للناقل ،

---

(١) أنظر :

LEON – CAEN (C . H) et RENAULT : Traite de droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1921 . P . 20 et s .

(٢) أنظر :

LEON – CAEN RENAULT : op . cit . , p . 201 ; THALLER (E .) : Traite elementaire de droit commercial . 5e ed . 1916 . Paris . P. 58 .

ومدنـــيا بالنسـبة للشـاحن [1] ، وهذا هو الحل الذى نعتقد أنه يتفق مع ضرورة التفسير الضـــيق لنص المادة (٣/٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية ، حيث استوجبت أن يكـــون موضـــوع العقد تجاريا محضا ، باعتباره نصا قانونيا وضعيا خاصا يجيز شرط التحكيم – كأصل عام – فى المواد التجارية فى فرنسا [2] .

هـناك أعمـالا تجارية بالتبعية الشخصية . ومع ذلك ، يبطل بشأنها شرط التحكيم :

هـناك أعمالا تجارية بالتبعية الشخصية . ومع ذلك ، يبطل بشأنها شرط التحكيم ، وهى الأعمال الناشئة عن أشباه العقود **quasi contrats** – كالفضالة ، دفع غير المستحق ، والإثراء بلا سبب . وكذلك ، الأعمال الضارة ، متى كانت هذه الأعمال ، أو تلك متعلقة بحرفة تجارية ، ويبطل شرط التحكيم بشأن هذه الأعمال ، لأن المشرع الوضعى الفرنسى قـد قـيد مشروعية شرط التحكيم بالإتفاق عليه عند التعاقد ، حيث نصت الفقرة المضافة للمـادة (٦٣١) مـن المجموعة التجارية الفرنسية على أنه يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد **ou moment ou elles contractent** ، وهو مايفترض تعلق النزاع بالعقود ، ولـيس بأشباه العقود ، أو بالأفعال الضارة [3] ، وهذا يتفق مع ضرورة التفسير الضيق لمشـروعية شرط التحكيم ، وللنصوص القانونية الوضعية الفرنسية المقررة لصحة شرط التحكيم فى فرنسا .

فيما يتعلق بنطاق تطبيق شرط التحكيم فى فرنسا بشأن السند الإذنى Bille a ordre ، والمحل التجارى fonds de commerce :

فـيما يتعلق بنطاق تطبيق شرط التحكيم فى فرنسا بشأن السند الإذنى **Bille a ordre** ، والمحل التجارى **fonds de commerce** ، فإنه يمكن ملاحظة مايلى :

---

(1) أنظر : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٩/أ ، ص ١٧٢ .

(2) أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٨٠/ثالثا ، ص ٥٦٨ .

(3) أنظـر : حسنى المصرى – القانون التجارى – الكتاب الأول – ١٩٨٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١٤٢ ، ومابعدها ، شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٨ ، ١٩ ، ص ١٧٢ ، ١٧٣ .

بالنسبة للسند الإذنى الذى يتضمن شرط الإلتجاء للتحكيم :

بالنســبة للســند الإذنى الذى يتضمن شرط الإلتجاء للتحكيم ، فإنه لاتثور صعوبة فى القانون الوضعى الفرنسى حول إعمال هذا الشرط ، والإعتراف بمشروعيته ، متى كان جميع الموقعين عليه تجارا :

بالنسبة للسند الإذنى الذى يتضمن شرط الإلتجاء للتحكيم ، فإنه لاتثور صعوبة فى القانون الوضــعى الفرنســى حول إعمال هذا الشرط ، والإعتراف بمشروعيته ، متى كان جميع الموقعيــن علــيه تجــارا ، فيجوز لأى منهم الدفع بوجود شرط التحكيم ، إذا أقام أحدهم النزاع الناشئ عنه أمام المحكمة التجارية المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، إذ الفــرض أن جميع الموقعين عليه تجارا . ومن ثم ، يعتبر السند الإذنى عملا تجاريا بالنســبة لهــم جمــيعا ، ويكون النزاع المذكور من بين المنازعات المنصوص عليها فى الفقرة المضافة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية .

بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمحل التجارى فى فرنسا :

لايصــح شرط التحكيم الذى يرد فى عقد بيع المحال التجارية ، أورهنها ، مــتى كان الغرض من هذا الشرط هو استبعاد هذا العقد ، أو ذاك من نطاق القــانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (١٧) مارس سنة ١٩٠٩ بشأن بيع المحال التجارية ، ورهنها :

بالنســبة للمنازعات المتعلقة بالمحل التجارى فى فرنسا ، فإن القانون الوضعى الفرنسى الصــادر فى (١٧) مارس سنة ١٩٠٩ بشأن بيع المحال التجارية ، ورهنها قد تضمن قواعــد آمرة تتعلق بالنظام العام ، لايجوز الإتفاق على مخالفتها . ولما كان ذلك ، وكان شــرط التحكيم لايجوز فى القانون الوضعى الفرنسى إلا إذا تعلق بالحقوق التى يتمتع فيها الأفــراد ، والجماعات بحرية التصرف ، أو التصالح عليها ، فإنه لايصح شرط التحكيم الذى يرد فى عقد بيع المحال التجارية ، أورهنها ، متى كان الغرض من هذا الشرط هو اســتبعاد هــذا العقــد ، أو ذاك من نطاق القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (١٧) مارس سنة ١٩٠٩ بشأن بيع المحال التجارية ، ورهنها .

الحلول المتقدمة التى تقررت فى فرنسا بشأن صحة شرط التحكيم الوارد فى عقد بيع المحال التجارية ، ورهنها يمكن الأخذ بها فى مصر :

يمكن الأخذ بالحلول المتقدمة التى تقررت فى فرنسا بشأن صحة شرط التحكيم الوارد فى عقد بيع المحال التجارية ، ورهنها فى مصر .

لايصلح الأخذ بالحل المقرر بشأن شرط التحكيم الوارد فى السند الإذنى فى فرنسا فى مصر :

لايصــلح الأخــذ بالحل المقرر بشأن شرط التحكيم الوارد فى السند الإذنى فى فرنسا فى مصــر ، حيث لايفرق القانون الوضعى المصرى بين صحة شرط التحكيم فى المنازعات المدنية ، وصحته فى المنازعات التجارية ، إذ يجوز هذا الشرط بالنسبة لهما معا (1) .

القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، والذى أضــاف الفقرة التالية للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية - والذى قرر بموجبها للمرة الأولى فى فرنسا صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية :

" يجــوز للأطــراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق " يكون ورغم انتقاد الفقه لمسلك القضاء الفرنسى فى الإستقرار على بطلان شرط التحكيم قد أكد مسلك القضاء الفرنسى فى هذا الشأن :

المشــرع الوضعى الفرنسى ، ومن خلال القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، والذى أضاف الفقرة التالية للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنســية - **والذى قرر بموجبها للمرة الأولى فى فرنسا صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية :**

" يجــوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق " يكون - ورغم **انتقاد الفقه لمسلك القضاء الفرنسى فى الإستقرار على بطلان شرط التحكيم** - قد أكد مسلك القضاء الفرنسى فى هذا

(1) أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٨٠/ثالثا ، ص ٥٧٩ ، ٥٨٠ .

الشـــأن ، لأنه إذا لم يكن شرط التحكيم باطلا فى الأصل ، لما كان هناك حاجة لإصدار تشـــريع وضعى فرنسى خاص ينص على صحة شرط التحكيم ، وجوازه بالنسبة للمسائل التجارية .

عاد المشرع الوضعى الفرنسى وأكد ماستقر عليه القضاء الفرنسى - قطعا للخـــلاف حـــول بطـــلان شـــرط التحكيم - بمقتضى المادة (٢٠٦١) من المجموعة المدنية الفرنسية - والمضافة بموجب القانون الوضعى الفرنسى رقـــم (٧٢ - ٦٢٦) ، والصادر فى الخامس من شهر يوليو سنة ١٩٧٢ - والتى تنص على أنه :

" بطلان شرط التحكيم إلا فى الحالات المنصوص عليها قانونا " :

عاد المشرع الوضعي الفرنسى وأكد ماستقر عليه القضاء الفرنسى - قطعا للخلاف حول بطـــلان شرط التحكيم - **بمقتضى المادة (٢٠٦١) من المجموعة المدنية الفرنسية** - والمضافة بموجب القانون الوضعى الفرنسى رقم (٧٢ - ٦٢٦) ، والصادر فى الخامس من شهر يوليو سنة ١٩٧٢ - **والتى تنص على أنه :**

" بطلان شرط التحكيم إلا فى الحالات المنصوص عليها قانونا " .

الـــتدخل التشريعى بمقتضى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديســـمبر ســـنة ١٩٢٥ فى فرنسا - والذى قرر بموجبه للمرة الأولى فى فرنســـا صـــحة شـــرط التحكيم فى المواد التجارية - كان مسبوقا بموقف قضـــائى يناقض نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

كـــان التدخل التشريعى بمقتضى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ فى فرنسا - **والذى قرر بموجبه للمرة الأولى فى فرنسا صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية** - مسبوقا بموقف قضائى يناقض نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المـــرافعات الفرنســـية الســـابقة ، إذ لما كان بطلان شرط التحكيم فى ظل مسلك القضاء الفرنســـى فـــى الإستقرار على بطلان شرط التحكيم كان بطلانا نسبيا غير متعلق بالنظام العام ، ولاتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ، وإنما لابد أن يكون بناء على طلب ، يكون

مقدمــا مــن أحــد الأطراف المحتكمين ، صاحب المصلحة فى طلب البطلان [1] ، فإن الأطراف الفرنسيين كانوا يستطيعون أن يبرموا عقودا - سواء فى خارج فرنسا ، أو فى داخلها " عقود التجارة الدولية " - ويدرجوا فيها شروطا للتحكيم ، للفصل فى المنازعات المحــتملة ، وغــير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير هذه العقود ، أو تنفيذها ، والــتى تحــيل إلى قانون وضعى أجنبى يعترف بمشروعية شرط التحكيم . بمعنى ، أن الــتدخل التشــريعى بمقتضى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ فى فرنسا - والذى قرر بموجبه للمرة الأولى فى فرنسا صحة شرط التحكيم فى المــواد الــتجارية - كــان مســبوقا بموقف قضائى يناقض نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة - والتى كانت تقضى ببطلان شرط التحكيم - حيث اتجهــت المحــاكم الــتجارية فــى فرنسا إلى استبعاد تطبيق نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة على عقود التجارة الدولية المبرمة فى فرنسا ، متى كانت هذه العقود قد تضمنت الإحالة إلى قانون وضعى أجنبى ، يعترف بمشروعية شرط التحكيم [2] .

إجازة شرط التحكيم الوارد فى عقد التأمين البحرى ، فى ظل التيار القضائى الذى كان قد تبنى بطلان شرط التحكيم فى فرنسا :

كانــت المادة (٢٣٢) من المجموعة التجارية الفرنسية تنص على صحة شرط التحكيم الــوارد فى عقد التأمين البحرى [3] ، فى ظل التيار القضائى الفرنسى الذى كان قد تبنى بطلان شرط التحكيم ، وعدم الإعتراف بصحته فى فرنسا ، جريا وراء المبدأ الذى قررته محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الشهير ، والذى أصدرته فى (٣٠) يوليو سنة ١٨٤٣

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . P. 22 et s .

(٢) أنظر :

Repertoire de droit commercial . N . 55 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART: op . cit ., P. 574 et s .

(٣) أنظر :

Dalloz – Nouveau Repertoire de droit . N . 71 et s .

، والـــذى كـــان قد أجاز فقط الإتفاق الذى يبرمه الأطراف المحتكمون بعد نشأة النزاع ، بالإلـــتجاء إلـــى نظـــام التحكيم ، للفصل فيه ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** .

إجازة المشرع الوضعى الفرنسى شرط التحكيم فى بعض المنازعات المدنية

أجـــاز المشـــرع الوضعى الفرنسى شرط التحكيم فى بعض المنازعات المدنية - **كعقود العمـــل الجماعية** - حيث يجوز إدراج شرط التحكيم فى اتفاقات العمل الجماعية ، تحسبا لقـــيام أى نـــزاع عمالى جماعى ، حيث نصت المادة (٥٢٥) من قانون العمل الفرنسى على أنه :

" يجـــوز أن يـــنص اتفـــاق العمل الجماعى على إجراء تحكيمى تعاقدى ، وإعداد قائمة بالمحكمين بموجب اتفاق مشترك بين الأطراف " .

وقـــد رأى جانب من الفقه أن شرط التحكيم يكون عندئذ غير ملزم للأطراف ذوى الشأن بالإلـــتجاء إلـــى التحكـــيم ، عـــندما يثور بينهم نزاعا عماليا جماعيا ، ويكون لهم حرية الخضـــوع لهـــذا الشرط ، أو عدم الخضوع له ، والقول بعكس هذا معناه ، جعل التحكيم إجـــباريا بموجـــب الإتفاق . فإذا نشب نزاعا عماليا جماعيا بين الأطراف ذوى الشأن ، واختاروا الخضوع لشرط التحكيم ، فإن كل ماهنالك أنهم يصبحون ملزمين باتباع الإجراء التحكـــيمى الإتفـــاقى ، حسب التسلسل المنصوص عليه فى شرط التحكيم ، ويكون عليهم اختيار هيئة تحكيم من القائمة التى سبق إعدادها من قبل فى الإتفاق المشترك [١] .

بيـــنما رأى جانـــب آخر من الفقه أن ورود شرط التحكيم فى اتفاق العمل الجماعى يجعل الإلـــتجاء إلى نظام التحكيم واجبا ، إذا ثار نزاعا ينص عليه شرط التحكيم [٢] ، وهذا هو الـــرأى الـــراجح فى فرنسا [٣] ، وقد أخذت المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم بهذا الرأى ، حيث قررت أنه :

---

(١) أنظر :

BRUNETH – GALLARD : Les rapports collectifs du travail . T . 11 . 2e ed . 1978 . N . 1175 . P . 541.

(٢) أنظر فى عرض هذا الرأى : الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر :

" الأطـــراف ملزميـــن بإحالـــة مـــنازعاتهم علـــى نظـــام التحكيم الذى ورد النص عليه تعاقديـــا " (١) ، وتأسيســـا علـــى ذلك ، فإنه يجوز إنشاء إجراء تحكيمى إتفاقى ، مخالفا للتحكـــيم القانونى ، حيث أجازت المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم تعيين أشخاصا عديدين للقـــيام بمهمة التحكيم ، بموجب الإتفاق الجماعى ، فى حين أن القانون الوضعى الفرنسى – **وبخصوص التحكيم الإتفاقى** – يقضى بتعيين محكما واحدا (٢) . ومع ذلك ، فقد قررت المحكمـــة العلـــيا الفرنسية للتحكيم أن الأحكام المتعلقة بقرار التحكيم ، والطعن عليه لدى المحكمـــة العليا الفرنسية للتحكيم تظل خارج مجال النصوص التعاقدية ، وتبقى محكومة بالنصوص القانونية الوضعية الفرنسية فحسب (٣) .

C . sup . arb . 8 Dec . 1971 . Dr . soc . 1972 . P . 454 . conci . FLECK .

(١) أنظر :

C . sup . arb . 19 Janv . 1978 . Dr . soc . 1978 . P .222 . Conci . M. MORISOT .

(٢) أنظر :

A . BRUNET (H .) et GALLARD : op . cit ., P . 544 et s .

(٣) أنظر :

C . sup . arb . 28 Juin . 1973 . Dr . soc . 1974 . P . 532 . conci . M . MORISOT .

شرط التحكيم فى العقود المختلطة [1] :

يـتم العمـل الـتجارى بوجه عام بين شخصين . وقد يعتبر العمل تجاريا بالنسبة لكل منهما ، وقد يعتبر مدنيا بالنسبة لهما معا :

يتم العمل التجارى بوجه عام بين شخصين . وقد يعتبر العمل تجاريا بالنسبة لكل منهما ، وقد يعتبر مدنيا بالنسبة لهما معا .

قد يكون العمل تجاريا بالنسبة لأحد طرفيه ، ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر :

قـد يكـون العمـل تجاريا بالنسبة لأحد طرفيه ، ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر ، كما لو اشـترى تاجـرا محصـولا من مزارع ، أو باع التاجر سلعة للمستهلك . ففى مثل هذه الحالات ، وماشابهها تسمى هذه الأعمال ، ومايماثلها بالأعمال المختلطة [2] .

لاتقتصـر نظرية الأعمال المختلطة على العقود فحسب ، بل تمتد أيضا إلى المسئولية الناشئة عن الأفعال الضارة :

لاتقتصـر نظـرية الأعمال المختلطة على العقود فحسب ، بل تمتد أيضا إلى المسئولية الناشئة عن الأفعال الضارة ، فالتاجر الذى ينقل بضاعته فى سيارة وتتسبب السيارة فى

---

(١) أنظر :

ROBERT (J .) : Arbitrage . ed . 1961 . P . 143 et s ; FOUCHARD (PH .) : La clause compromissoire dans le contrat mixte . Rev . arb . 1971 . 1 . P . 1 et s ; HERVE – CHASSERY : La clause compromissoire . P .90 et s ; Rep . de . dr . civ . N. 197 ets .

وانظـر أيضا : محمد لبيب شنب – الأعمال التجارية المختلطة ، ونظامها القانونى – مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة عين شمس – السنة السادسة – يوليو – سـنة ١٩٦٤ – العـدد الثانى – ص ٢٤٦ ، ومابعدها ، حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالـة المشار إليها – بند ٧ ، ص ١٧١ ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٨١ ، ومايليه ، ص ٥٧٠ ، ومابعدها .

(٢) فى دراسة النظام القانونى للأعمال المختلطة ، أنظر : محمد لبيب شنب – الأعمال المختلطة ، ونطاقها ، ونظامها القانونى – بند ١٥١ ، ومايليه ، ص ٢٨٩ ، ومابعدها

إصــــابة شـــخص ، فـــإن مسئوليته عن أداء التعويض تعتبر تجارية بالتبعية . أما بالنسبة للمصاب ، فإن المطالبة بالتعويض تعتبر مدنية

يـــتعلق بموضـــوع الأعمال المختلطة مسألتين ، وهما : المسألة الأولى – الإختصاص القضائى بنظر المنازعات الناشئة بمناسبة الأعمال المختلطة ، والمسألة الثانية – تعيين القانون الواجب التطبيق على الأعمال المختلطة :

يتعلق بموضوع الأعمال المختلطة مسألتين ، وهما :

المســـألة الأولـــى – الإختصاص القضائى بنظر المنازعات الناشئة بمناسبة الأعمال المختلطة .

فـــيما يتعلق بالإختصاص القضائى بنظر المنازعات الناشئة بمناسبة الأعمال المختلطة ، فإنـــه يثبـــت بالنسبة للأعمال المختلطة للمحكمة المدنية ، أو المحكمة التجارية ، بحسب صفة العمل بالنسبة للمدعى عليه ، تطبيقا للقاعدة العامة فى الإختصاص القضائى المحلى ، والتى تقضى بأن المدعى يجب أن يقيم دعواه أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه . حيث تنص المادة (١/٤٩) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" يكـــون الإختصـــاص للمحكمـــة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ، مالم ينص القانون على خلاف ذلك " .

وبـــناء علـــى ذلك ، فإنه إذا كان العمل المختلط مدنيا بالنسبة للمدعى عليه ، وجب على المدعـــى أن يقيم دعواه القضائية أمام المحكمة المدنية – **باعتبارها المحكمة التى يقع فى دائـــرتها موطن المدعى عليه** . أما إذا كان العمل المختلط تجاريا بالنسبة للمدعى عليه ، فقـــد اســـتقر الـــرأى على أنه يجوز للمدعى أن يقيم دعواه القضائية أمـــــام المحكمة التجارية ، أو أمام المحكمة المدنية – **بحسب اختياره** – لأن القضاء التجارى يكون قضاء إســـتثنائيا ، غير مألوف بالنسبة للطرف المدنى ، ويجب أن يترك له الحق فى أن يختار بين هذا القضاء ، والقضاء المدنى [1] .

والمسألة الثانية – تعيين القانون الواجب التطبيق على الأعمال المختلطة :

فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الأعمال المختلطة ، فإنه ينظر إلى طبيعة النزاع ، ولـــيس إلـــى المحكمة المختصة بالفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها .

---

[1] أنظر : حسنى المصرى – القانون التجارى – بند ٣٦ ، ومايليه ، ص ١١٥ ، ومابعدها .

بمعـــنى ، أن القانون المدنى يطبق على الجانب المدنى من العملية ، حتى ولو كان النزاع معروضا على المحكمة التجارية ، كما يطبق القانون التجارى على الجانب التجارى منها . وعلـــى ذلـــك ، إذا رفـــع الـــتاجر دعواه القضائية على المزارع ، مدعيا أنه لم يتسلم المحصول ، فإن عليه أن يثبت هذا الإدعاء بالكتابة ، متى كانت قيمة المحصول تزيد على مائـــة جنـــيه " **المـــادة (١/٦٠) مـــن قـــانون الإثـــبات المصـــرى رقـــم (٢٥) لسنة ١٩٦٨** " [١] ، لأن العملية بالنسبة للمزارع تكون من طبيعة مدنية . أما إذا كانت الدعوى القضائية مرفوعة من المزارع مدعيا فيها أنه قد قام بتسليم المحصول إلى التاجر ، وأنـــه لـــم يقـــتض الثمـــن ، فإن له الحق فى إثبات هذه الواقعة بكافة طرق الإثبات – **كالشـــهادة ، أو القرائـــن** – لأن العملـــية تكون بالنسبة للتاجر من طبيعة تجارية ، ومن المعلـــوم أن الإثـــبات فى المسائل التجارية يكون جائزا بكافة طرق الإثبات ، سواء رفع المزارع دعواه القضائية أمام المحكمة المدنية ، أو أمام المحكمة التجارية [٢]

ثـــار التســـاؤل فى فرنسا حول مدى جواز إدراج شرط التحكيم فى العقود المختلطة contrats mixtes ؟ :

ثـــار التســـاؤل فـــى فرنسا حول مدى جواز إدراج شرط التحكيم فى العقود المختلطة contrats mixtes ؟ [٣] .

---

[١] تنص المادة (١/٦٠) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ على أنه :

" فى غـــير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على مائة جنيه ، أو كان غير محدد القيمة فلاتجـــوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " . وقد رفعـــت قيمة التصرف القانونى إلى هذا الحد " مائة جنيه " بمقتضى القانون الوضعى المصرى رقم (٢٣) لســـنة ١٩٩٢ – والخـــاص بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المصرى – وكانت قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى المذكور عشرين جنيها فقط .

(٢) أنظر :

EL – GOHARY MOHAMED FAHMY : L'arbitrage et les contrats a longe terme . These . Renne . 1982 . T . 1 , N . 113 et s . P .98 et s .

وانظـــر أيضـــا : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٢٨٢ ، ص ٥٧٠ ، ومابعدها .

إتجـــه الـــرأى الراجح فى فرنسا إلى القول ببطلان شرط التحكيم فى العقود المختلطة :

إتجـه الــرأى الراجح فى فرنسا إلى القول ببطلان شرط التحكيم فى العقود المختلطة ، باعتــبار أن قصـــد المشرع الوضعى الفرنسى حينما شرع شرط التحكيم إنما كان ينصب علـــى المنازعات الحاصلة بين التجار ، بشأن حياتهم التجارية ، وهو مايفترض أن يكون العقــد بيـــن تاجرين ، وأن يكون موضوعه تجاريا بالنسبة لهما معا [1] . فضلا عن أن المشـــرع الوضعى الفرنسى لو كان قد أجاز شرط التحكيم فى العقد المختلط – **والذى قد يقــع بين تاجر ، وغير تاجر** – لكانت هذه الإجازة قد انقلبت وبالا على غير التاجر ، فى الأحوال التى يفرض فيها التاجر هذا الشرط على عميله غير التاجر ، وهو مايحدث عند

---

(٣) فى استعراض الجدل فى الفقه حول مدى جواز إدراج شرط التحكيم فى عقد مختلط ، أنظر :

FOUCHARD (P . H .) : La clause compromissoire inseree dans un contrat mixte . Rev . arb . P .3 et s ; HAMEL et LAGARDE : Droit commercial . T.1 . N. 71 ; ROBERT (j .) et MOREAU (B .) : L'arbitrage . Droit interne . Droit international . 5e ed . Dalloz . Paris . P . 65 .

وانظـــر أيضا : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٨٣ ، ١٨٤ ، ص ٥٧٢ ، ومابعدها

(١) أنظر :

FOUCHARD (P . H .) : La clause compromissoire inseree dans une acte mixte . Rev . arb . 1971 . P . 1 et s ; L'arbitrage commercial international . N . 24 . P. 12 , 13 . N. 27 . P. 15 . N . 90 ; HAMEL et LAGARD : op . cit . , P . 130 ; ROBERT (J .) : Arbitrage . 3e ed . 1961 . P. 144 .

وانظر أيضا :

Lyon . 12 Mai . 1958 . Rev . arb . 96 et La note; Bonreux . 20 Dec . 1960 . D . 1961 . 225 ; Cass . com . 2 Dec. 1964 . J . C. P . 1965 . 11 . 14041 . Note : P . L . D . 1965 . 412 .

إذعانه للتحكيم فى المنازعات المستقبلية ، المحتملة ، وغير المحددة ، لحظة إدراج شرط التحكيم فى العقود المختلطة ، وبموجب شرط التحكيم المطبوع فى العقد الأصلى [1] .

إذا كـــان شرط التحكيم – وفقا للرأى الراجح فى فرنسا – باطلا فى العقود المختلطة ، فما هى طبيعة هذا البطلان ؟ :

إذا كان شرط التحكيم – **وفقا للرأى الراجح فى فرنسا** – باطلا فى العقود المختلطة ، فما هى طبيعة هذا البطلان ؟ .

إتجهــت بعض أحكام القضاء فى فرنسا إلى القول بأن بطلان شرط التحكيم المـــدرج فى العقود المختلطة هو بطلانا نسبيا ، غير متعلق بالنظام العام ، ويـــتقرر مراعاة للمصلحة المحضة interet exclusif لغير التاجر " أى الطــرف المدنى " ، ولايستطيع الطرف الآخر – والذى يعتبر العمل تجاريا بالنسبة له – أن يتمسك ببطلان شرط التحكيم :

إتجهت بعض أحكام القضاء فى فرنسا [2] إلى القول بأن بطلان شرط التحكيم المدرج فى العقــود المختلطة هو بطلانا نسبيا ، غير متعلق بالنظام العام ، ويتقرر مراعاة للمصلحة

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N . 55 . P . 57 et s .

وانظر أيضا : محمد لبيب شنب – الأعمال المختلطة – نطاقها ، ونظامها القانونى – ص ٣ ، ومابعدها ، حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٧.

(٢) أنظر :

Paris . 14 Mai , 1978 . Rev . arb . 1978 . 2 . 1 . Note : FOUCHARD ; Paris . 13 Janv . 1981 . Rev . arb . 1982 . 66 . Note : MEZGER .

وانظـــر أيضا فى الأخذ بفكرة البطلان النسبى لشرط التحكيم المدرج فى العقود المختلطة : أشرف عبد العلـــيم الـــرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٤٥ .

المحضـــة interet exclusif لغير التاجر " أى **الطرف المدنى** " ، ولايستطيع الطرف الآخـــر – والـــذى **يعتبر العمل تجاريا بالنسبة له** – أن يتمسك ببطلان شرط التحكيم ، حيـــث يلتزم التاجر بمقتضى الشرط المذكور بالخضوع لنظام التحكيم ، طالما لم يتمسك الطـــرف المدنـــى غـــير التاجر ببطلان شرط التحكيم ، ويكون غير التاجر بالخيار بين الخضـــوع لنظام التحكيم ، وإجراءاته ، أو عدم الخضوع له ، فيتمسك بشرط التحكيم فى الحالة الأولى ، ويتمسك ببطلانه فى الحالة الثانية (1) .

فإذا رفع التاجر النزاع إلى هيئة التحكيم ، كان للطرف المدنى أن يتمسك ببطلانه . أما إذا كـــان الطـــرف المدنى قد تمسك بشرط التحكيم – **سواء فى الدعوى القضائية المرفوعة علـــيه ، أو فـــى الدعوى التى رفعها هو أمام هيئة التحكيم** – فليس لغير التاجرعندئذ أن يتمســـك ببطلان شرط التحكيم . أما التاجر ، فإنه يخضع عندئذ لنظام التحكيم ، بمقتضى شرط التحكيم ، ولايجوز له التمسك ببطلانه (2) .

كانت محكمة النقض الفرنسية ، وبعض أحكام القضاء الفرنسى الأخرى قد قضت ببطلان شرط التحكيم فى العقد المختلط ، سواء فى مواجهة التاجر ، أو غـــير الـــتاجر . بمعنى ، الأخذ بفكرة البطلان المطلق لشرط التحكيم فى العقود المختلطة :

كانـــت محكمة النقض الفرنسية (3) ، وبعض أحكام القضاء الفرنسى الأخرى (4) قد قضت بـــبطلان شـــرط التحكيم فى العقد المختلط ، سواء فى مواجهة التاجر ، أو غير التاجر . بمعنى ، الأخذ بفكرة البطلان المطلق لشرط التحكيم فى العقود المختلطة .

---

(1) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . N . 53 . P. 56 .

(2) أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٨٣ ، ص ٥٧٤ .

(3) أنظر :

Cass . com . 2 Decembre . 1964 . J . C. P . 1965 – 14041. Note : P. L . D . 1965 . 412 ; Cass . com . 5Mai . 1982 . Bull . 11 . N . 9 ; Rev . arb . 1983 . P . 75 . Note : J . RUBELLIN – DEVICHI .

(4) أنظر :

إنتقد جانب من الفقه مسلك محكمة النقض الفرنسية ، وبعض أحكام القضاء الفرنســى الأخرى ، في تقريرها البطلان المطلق لشرط التحكيم الوارد في عقد مختلط :

إنــتقد جانــب مــن الفقه مسلك محكمة النقض الفرنسية ، وبعض أحكام القضاء الفرنسى الأخرى ، فى تقريرها البطلان المطلق لشرط التحكيم الوارد فى عقد مختلط ، لأن القضاء الفرنســى - وقبل تدخل المشرع الوضعى الفرنسى ، وإجازته لشرط التحكيم فى المواد الــتجارية - كــان قــد استقر على أن بطلان شرط التحكيم فى فرنسا هو بطلانا نسبيا ، إســتنادا إلــى نــص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، والتى استوجبت تحديد موضوع النزاع ، وبيان أسماء أعضاء هيئة التحكيم فى مشارطة التحكيم ، وإلا كانــت باطلة ، أى أن المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لاتتعلق بالنظام العام ، حيث كان من الجائز تصحيح البطلان الناجم عن عدم تعيين أسماء أعضــاء هيئة التحكيم فى الإتفاق على التحكيم فى اتفاق لاحق ، أو بالمثول أمامهم ، وأنه من المستحيل أن تكتسب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة طابع النظام العام ، لمجرد أن شرط التحكيم قد أدرج فى عقد مختلط [1] .

يــرى جانــب من الفقه - وبحق - عدم ملاءمة بطلان شرط التحكيم فى العقود المختلطة :

يرى جانب من الفقه - وبحق - عدم ملاءمة بطلان شرط التحكيم فى العقود المختلطة ، باعتــبار أن الهــدف الــذى يرمى إليه القائلون ببطلان شرط التحكيم المدرج فى العقود المخــتلطة إنما هو حماية غير التجار من قبول شروط تحكيم ، تحت ضغط التجار عليهم عند التعاقد ، وقد لاتتجه ارادتهم حقيقة عن رضا ، واقتناع إلى قبول مثل هذه الشروط [2]

Trib . civ . Seine . 1er Avr , 1946 . D . 1946 . 353 ; Paris . 17 Dec . 1957. J. C . P . 1958 . 11 . 10778 . Note : MOTULSKY ; Lyon . 12 Mai . 1958 . Rev .arb . 1958 . 96 et la Note .

(1) فى انــتقاد مسلك محكمة النقض الفرنسية ، وبعض أحكام القضاء الفرنسى الأخرى بتقرير البطلان المطلــق لشرط التحكيم الوارد فى عقد مختلط ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٤٥ .

(٢) أنظر :

. خاصـــة ، وأن الممارســة العملية تكشف عن إقبال التجار ، وغير التجار على إدراج شــروط تحكــيم فـــى معاملاتهم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها ، وازديــاد خبرة غير التجار فى مجال التحكيم - ســواء على المستوى الوطنى ، أم على المســتوى الدولــى - ومن احاطتهم بما يمكن أن يترتب على إدراج شروط التحكيم فى عقودهــم مــع الــتجار ، وغيرهم من آثار [1] . ومن ثم ، فلا يوجد مبرر للتفرقة بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية ، فيما يتعلق بمشروعية شرط التحكيم ، ذلك أنه إذا توافرت الضمانات التشريعية التى تحمى حقوق الأفراد ، والجماعات داخل الدولة عند الــتجائهم لــنظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقــررة للقضاء العام فى الدولة ، المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، فإنه لايكون هناك مانعا من إدراج شروط التحكيم فى العقود المختلطة .

أصبح شرط التحكيم أمرا يستعصى على الإنكار ، بل إنه أصبح الأمر الأكثر شــيوعا فى الواقع العملى فى مختلف العقود المدنية ، والتجارية على حد سواء ، فى كافة الأنظمة القانونية الوضعية :

أصــبح شرط التحكيم أمرا يستعصى على الإنكار ، بل إنه أصبح الأمر الأكثر شيوعا فى الواقــع العملــى فى مختلف العقود المدنية ، والتجارية على حد سواء ، فى كافة الأنظمة

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 3 . P . 58 et s .

وانظــر أيضا : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٨٤ ، ص ٥٧٥ ، ومابعدها .

(١) وقد قررت محكمة باريس فى حكمها الصادر فى (١٩) يونية سنة ١٩٧٠ أن شرط التحكيم لايشكل مخالفة للنظام العام الدولى ، إذا كان موضوعه يشترك فيه الطابع المدنى ، مع التجارى " أى عقدا من العقود المختلطة " ، أنظر :

Paris , 19 Juin . 1970 . Rev . arb . 1972 . P. 671 . J . C . P . 1971 . 16927 . Note : GOLDMAN .

وانظــر أيضــا فى قصر بطلان شرط التحكيم فى العقود المختلطة على التحكيم الداخلى ، وعدم تطبيق ماانتهى إليه القضاء الفرنسى فى هذا الشأن على التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٤٥

القانونـــية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها [1] . فشرط التحكيم قد احتل مكانة بارزة فى التجارة الدولية ، نظرا لشيوعه فى المعاملات . وخاصة ، الدولية منها .

الـــتفرقة بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية بخصوص الحديث عـــن مشـــروعية شرط التحكيم فى فرنسا تولد صعوبات جمة أمام القضاء الفرنسى :

الـــتفرقة بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية بخصوص الحديث عن مشروعية شـــرط التحكـــيم فى فرنسا تولد صعوبات جمة أمام القضاء الفرنسى ، إذ أنه – **وبصدد الفصـــل فـــى مســـألة الإختصـــاص القضائى – يضطر إلى تمييز الأعمال التجارية عن الأعمـــال المدنـــية ، حيث يثور التساؤل عما إذا كان النزاع خاضعا لقضاء التحكيم ، أم للقضـــاء العـــام فـــى الدولـــة . فضـــلا عن أنها لاتقوم على سبب منطقى ، حيث لايقبل الإعـــتراف** بمزايا نظام التحكيم فى بعض المنازعات ، وإنكارها فى البعض الآخر منها ، فمـــا دام اختيار الأفراد ، والجماعات داخل الدولة لنظام التحكيم – **للفصل فى المنازعات الـــتى تدخـــل أصـــلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، الحالة أو المســـتقبلية ، وغـــير المحددة** – لايتعارض مع النظام العام ، فإنه لابأس إن هم فضلوا وسيلة على أخرى ، بحسب مايرتاح إليه وجدانهم ، ويتفق ومصالحهم .

وحســـنا مافعله المشرع الوضعى المصرى حين أجاز التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكـــيم – **للفصـــل فى منازعاتهم الحالة ، أو المستقبلية ، وغير المحددة – أى سواء** كان فى صورة شرط للتحكيم ، يكون سابقا على نشأة النزاع بين الأطراف ذوى الشأن ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أم فى صورة مشارطة تحكيم ، يتم إبرامها بيـــن الأطراف ذوى الشأن ، بعد نشأة النزاع بينهم ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، ولم يفرق المشرع الوضعى المصرى فى مشروعية نظام التحكيم بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية .

---

[1] أنظـــر : محمـــود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم ق المواد المدنية ، والتجارية – ص ٨٥ ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فلى العلاقات الدولية الخاصة – ص ١٤٥ .

نـــرى ضـــرورة تدخـــل المشـــرع الوضعى الفرنسى بتعديل تشريعى جديد للنصـــوص المـــنظمة للتحكيم ، يقرر بموجبه مشروعية شرط التحكيم فى المنازعات المدنية ، والتجارية على حد سواء ، دون تفرقة بينهما :

نـــرى ضرورة تدخل المشرع الوضعى الفرنسى بتعديل تشريعى جديد للنصوص المنظمة للتحكـــيم ، يقرر بموجبه مشروعية شرط التحكيم فى المنازعات المدنية ، والتجارية على حـــد ســـواء ، دون تفرقة بينهما ، أى إجازة شرط التحكيم فى جميع المنازعات ؛ سواء ماكـــان مـــنها ناشئا عن عقد تجارى ، أم عقد مدنى ، أم عقد إدارى - **على غرار النظام القانونى الوضعى المصرى** - ليساير بذلك تطور الممارسة العملية ، والإزدياد نحو إدراج شـــروط التحكـــيم فـــى المعاملات الدولية ، والوطنية على حد سواء . وإن كان المشرع الوضـــعى الفرنسى قد توسع فى إجازة التجاء الأفراد والجماعات إلى نظام التحكيم ، فى صورة شرط للتحكيم ، للفصل فى منازعات محتملة ، وغير محددة ، يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بالرغم من طبيعتها المدنية ، بحيث لم يعد الحال كما كان عليه فى الماضى فـــى فرنســـا ، وهـــو أن الأصل هو بطلان شرط التحكيم ، والإستثناء هو إجازته ولكن تبدلت القاعدة ، بحيث صار الأصل هو إجازة شرط التحكيم والإستثناء هو الحظر [1] .

أجـــاز القـــانون الوضـــعى الفرنسى التجاء الأفراد ، والجماعات إلى إبرام مشـــارطات تحكـــيم ، للفصـــل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، مادام أن التحكيم يرد على أحد المنازعات الجائز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، وكان متعلقا بعلاقة قانونية محددة - عقدية كانت ، أم غير عقدية :

عرفت المادة (١٤٤٧) من مجموعة المرافعات الفرنسية مشارطة التحكيم بأنها :
" الإتفاق الذى يلتزم بمقتضاه أطراف نزاع معين قائم بالفعل بينهم بعرضه على التحكيم ، للفصـــل فـــيه بواسطة شخص ، أو أكثر من اختيارهم " ، وقد أجاز القانون الوضعى الفرنسى التجاء الأفراد ، والجماعات إلى إبرام مشارطات تحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، مادام أن التحكيم

---

[1] **انظـــر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٧٧ ، ص ٥٥٨ ، بند ١٨٤ ، ص ٥٧٦ .**

يرد على أحد المنازعات الجائز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، وكان متعلقا بعلاقة قانونية محددة – **عقدية كانت ، أم غير عقدية .**

المطلب الثانى
نطـــاق صحة شرط التحكيـــم ، ومشارطته فـــى القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنـــــة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيــــــــــة ، والتجاريـــــــــــة

عـــرف القـــانون الوضـــعى المصـــرى التحكيم بصورتيه " شرط التحكيم ، ومشارطته " :

عـــرف القانون الوضعى المصرى التحكيم بصورتيه " **شرط التحكيم ، ومشارطته** " ، فقد جعل كل من شرط التحكيم ومشارطته على قدم المساواة . حيث تنص المادة العاشرة من القـــانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على أنه :

" **إتفـــاق التحكـــيم هـــو اتفـــاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المـــنازعات التى نشأت ، أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية** " [1] .

يكون التحكيم جائزا فى القانون الوضعى المصرى فى المنازعات المدنية ، والتجارية على حد سواء ، دون تفرقة بينهما :

يكـــون التحكـــيم جائزا فى القانون الوضعى المصرى فى المنازعات المدنية ، والتجارية علـــى حد سواء ، دون تفرقة بينهما – **سواء كان فى صورة شرط للتحكيم** ، يكون سابقا على نشأة النزاع بين الأطراف ذوى الشأن ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أم فى صورة مشارطة تحكيم ، يتم إبرامها بين الأطراف ذوى الشأن ، بعد نشأة النزاع بينهم ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، لمسايرة تطور الممارسة العملية ، والـــتزايد نحـــو إدراج شـــروط للتحكـــيم فـــى جميع العقود التى قد تبرم بين الأفراد ،

---

[1] تقـــابل المـــادة (١/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية

والجماعات – **سواء كانت عقودا مدنية ، أم تجارية ، أم مختلطة " وطنية أم دولية " ، أم إدارية .**

فلامحـل للـتفرقة بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية ، **فيما يتعلق بمشروعية** شـرط التحكيم فى القانون الوضعى المصرى ، ذلك أنه إذا توافرت الضمانات التشريعية **التى تحمى حقوق الأفراد** ، والجماعات داخل الدولة عند التجائهم لنظام التحكيم ، **للفصل** فـى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، المحـتملة ، وغـير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، **عن طريق هيئة** تحكـيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، **فإنه لايكون هناك مانعا من** إدراج شـروط التحكـيم فـى العقـود أيا كانت طبيعتها **" مدنـية ، تجارية ، مختلطة ، أوإدارية "** .

فالتفرقة بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية بخصوص **الحديث عن مشروعية** شـرط التحكـيم تولـد صعوبات جمة أمام القضاء ، إذ أنه – **وبصدد الفصل فى مسألة الإختصـاص القضائى** – يضطر إلى تمييز الأعمال التجارية عن الأعمال المدنية ، **حيث** يـثور التساؤل عما إذا كان النزاع خاضعا لقضاء التحكيم ، **أم للقضاء العام فى الدولة .** فضلا عن أنها لاتقوم على سبب منطقى ، **حيث لايقبل الإعتراف بمزايا نظام التحكيم فى بعض المنازعات ، وإنكارها فى البعض الأخر منها ، فما دام اختيار الأفراد ، والجماعات** داخل الدولة لنظام التحكيم – **للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقـررة للقضاء العام فى الدولة ، الحالة أو المستقبلية ، وغير المحددة – لايتعارض** مـع الـنظام العـام ، فإنه لابأس إن هم فضلوا وسيلة على أخرى ، بحسب مايرتاح إليه وجدانهم ، ويتفق ومصالحهم .

وحسـنا مافعله المشرع الوضعى المصرى حين أجاز التجاء الأفراد ، **والجماعات لنظام** التحكـيم – **للفصـل فى منازعاتهم الحالة ، أو المستقبلية ، وغير المحددة – أى سواء كان فى صورة شرط للتحكيم** ، يكون سابقا على **نشأة النزاع بين الأطراف ذوى الشأن ،** والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أم فى صورة مشارطة تحكيم ، يتم إبرامها بيـن الأطراف ذوى الشأن ، بعد نشأة النزاع بينهم ، والمراد **الفصل فيه عن طريق نظام** التحكيم ، ولم يفرق المشرع الوضعى المصرى فى مشروعية نظام التحكيم بين المنازعات الـتجارية ، والمنازعات المدنية ، حيث أجاز شرط التحكيم فى **جميع المنازعات ، سواء** ماكـان منها ناشئا عن عقد تجارى ، أم عقد مدنى ، أم عقد إدارى ، **ليساير بذلك تطور**

الممارسة العملية ، والإزدياد نحو إدراج شروط التحكيم فى المعاملات الدولية ، والوطنية على حد سواء .

المبحث الخامس

الخـــلاف الفقهـــى حـــول الطبيعـــة القانونيـــة للإتفاق علـــى التحكيـــم

تقسيم :

إذا كان الإتفاق على التحكيم يتخذ فى العمل إحدى صورتين " شرطا للتحكيم ، أو مشـــارطته " ، فإنه قد ثار الخلاف حول طبيعته القانونية ، بين اتجاه يسلم بطبيعته العقدية ، وآخر يسلم بطبيعته الإجرائية :

إذا كـــان الإتفـــاق علـــى التحكـــيم يتخذ فى العمل إحدى صورتين " **شرطا للتحكيم ، أو مشارطته** " ، فإنه قد ثار الخلاف حول طبيعته القانونية ، بين اتجاه يسلم بطبيعته العقدية ، وآخر يسلم بطبيعته الإجرائية ، ولكل منهما من الحجج ، والأسانيد التى يستند إليها فى تأييد وجهة النظر التى يتبناها ، وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : الإتجاه الأول – الإتفاق على التحكيم ذو طبيعة إجرائية .

والمطلب الثانى : الإتجاه الثانى – الإتفاق على التحكيم ذو طبيعة تعاقدية .

وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول

الإتجاه الأول

الإتفاق على التحكيم ذو طبيعة إجرائية [1]

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الإتفاق على التحكيم ماهو إلا عقدا إجرائيا ، له طبيعة إجرائية ، نظـرا لتأثيره المباشر فى الخصومة القضائية ، وإجراءات التقاضى ، فهو يرتبَ آثارا قانونية عديدة فى ذمة عاقديه ، وأهمها :

الأثر الإيجابى : ويتمثل فى التزام أطرافه بعرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيه – **دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** .

والأثـر السـلبى : ويتمثل فى منع عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على القضـاء العام فى الدولة ، ومنع هذا القضاء من الفصل فيه ، فالإتفاق على التحكيم يمنع القضـاء العام فى الدولة من نظر النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، ويخول المدعى عليه دفعا بذلك ، وهو مايسـمى بـالدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، كما أن الإتفاق على التحكيم يخول هيئة التحكـيم سـلطة القضـاء بين الأطراف المحتكمين ، بخصوص النزاع محل التحكيم ، والفصل فيه بحكم تحكيم ، يكون ملزما لهم ، ويقوم بديلا عن حكم القضاء العام فى الدولة . فضـلا عن أن الإتفاق على التحكيم عادة ماينظم خصومة التحكيم فى كثير من الأمور التى تركتها الأنظمة القانونية الوضعية لإرادة الأطراف المحتكمين ، بالإضافة إلى ماقامت بـه هذه الأنظمة القانونية الوضعية من إيراد قواعد تفصيلية إجرائية لخصومة التحكيم ، وهـى إجراءات تماثل ، وإن لم تكن تتطابق مع إجراءات الخصومة القضائية " **المواد (١٤٦٩) ، ومابعدهـا مـن مجموعـة المرافعات الفرنسية ، (٢٥) – (٣٩) من**

---

[1] فى تأييد جانب من الفقه الإيطالى للإتجاه القائل بأن الإتفاق على التحكيم ذو طبيعة إجرائية ، أنظر : فـتحى والى – الوسـيط فى قـانون القضاء المدنى – بند ٤٤٤ ، ص ٩١٣ ، محمود محمد هاشم – الـنظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – الجزء الأول – إتفاق التحكيم – بند ٣١ ، ص ٨٩ – الهامش رقم (٢) ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١١ ، ص ٣٠ ، ٣١ .

القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية " [1] .

---

(١) تقابل المواد (٥٠٦) - (٥٠٩) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

وفى دراسة خصومة التحكيم ، أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٩٤ ، ومايليه ، ص ٢٢٢ ، ومابعدها ، وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - مقالة مقدمة فى مؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى - العريش فى الفترة من (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٩٣ ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٠٢ ، ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - بند ٤٨ ، ومايليه ، ص ٨٩ ، ومابعدها ، عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ١٩٩٥ - ص ٤٩ ، ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى - التحكيم ، والتصالح - ١٩٩٦ - ص ٤٩ ، ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢٥٢ ، ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٢٤٩ ، ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيم - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٩٧ .

وفى استعراض التطبيقات القضائية بشأن خصومة التحكيم ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ١٩٨ .

المطلب الثانى

الإتجاه الثانى

الإتفاق على التحكيم ذو طبيعة تعاقدية [1]

يرى أنصار هذا الإتجاه – وبحق – أن الإتفاق على التحكيم هو عقدا يتم باتفاق الأفراد ، والجماعات فى الدولة ، ويعتبر مظهرا لسلطان إراداتهم ، واستعمالا منهم لحقهم فى الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، من أجل الفصل فى منازعاتهم التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، فالإتفاق على التحكيم يكون عقدا من العقود التى تنظمها النظرية العامة للعقد – **شأنه فى ذلك شأن سائر العقود الأخرى** – **فتنطبق عليه القواعد العامة فى العقد** ، والمنصوص عليها فى القانون المدنى ، **وأهمها** : **تلك** القواعد التى تحكم إبرامه ، تحديد أركانه ، شروط صحته ، والجزاء المترتب على تخلفها – **وهو البطلان** ، **أو القابلية للإبطال** ، كما يخضع لما يرد بشأنه من أحكام خاصة فى النصوص القانونية المنظمة للتحكيم ، وقواعد الإتفاق عليه – **سواء وردت فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، ضمن النصوص القانونية المنظمة للتحكيم ، وقواعد الإتفاق عليه ، أم وردت فى شكل قانونى خاص – كالقانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** . ولايعد الإتفاق على التحكيم عملا إجرائيا ، إستنادا إلى أنه إنما يتم قبل بدء الخصومة ، ولهذا ، فلا يعتبر

---

(١) من أنصار هذا الإتجاه ، أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٤٤٠ ، ص ٩١٢ ، محمود محمد هاشم – إتفاق التحكيم – ١٩٨٦ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ٢٩ ، ص ٥٤ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ١٩٩١– دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ٣١ ، ص ٨٨ .

وانظر أيضا : الفقه الإيطالى المشار إليه لدى : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ١٩٩١– دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ٣١ ، ص ٨٩ – الهامش رقم (١) .
وانظر عرضا للإتجاه القائل بأن الإتفاق على التحكيم ذو طبيعة تعاقدية لدى : فتحى والى – نظرية البطلان فى قانون المرافعات – رسالة مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٥٨ – بند ٦٣ ، ص ١٣٠ ، ١٣١ .

عنصــرا مــن عناصــرها ، ولامكونــا من مكوناتها ، فيكون طبيعيا ألا يأخذ طبيعتها ، ولاتنطــبق علــيه قواعــد الــبطلان المقــررة للأعمال الإجرائية ، والتى ينظمها قانون المــرافعات المدنــية ، والــتجارية (١) . كمــا أن النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكــيم ، وقواعــد الإتفاق عليه قد اعتبرت الإتفاق على التحكيم عقدا من عقود القانون الخــاص – شــأنه فى ذلك شأن أى عقد آخر – ولم تعامله معاملة الأعمال الإجرائية ، وحــتى فى الفرض الذى يتم فيه الإتفاق على التحكيم أثناء نظر الخصومة القضائية أمام المحكمة ، فإنه لايمكن اعتباره ذات طبيعة إجرائية ، بل تظل صفته العقدية هى الغالبة ، ويظــل لإرادة الأطراف المحتكمين السلطان ، والغلبة ، ويظل الإتفاق على التحكيم عملا من طبيعة إرادية خالصة (٢) .

(١) فى بــيان أهمية التفرقة بين خضوع الإتفاق على التحكيم لقواعد البطلان المقررة فى قانون المرافعات المدنــية ، والــتجارية ، والمقررة للأعمال الإجرائية ، وخضوعه لقواعد بطلان العقود الواردة فى القانون المدنى ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١١ ، ص ٣١ ، ٣٢ .

وفى بــيان قواعــد الــبطلان المقررة للأعمال الإجرائية ، أنظر : فتحى والى – نظرية البطلان فى قانون المــرافعات – الرسالة المشار إليها – بند ٦٣ ، ومايليه ، ص ١٣٠، ومابعدها ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٢١٩ ، ومايليه ، ص ٣٤٩ ، ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى – البطلان المدنى " الإجرائى ، والموضوعى " – ١٩٩٠ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٢٢٥ ، ومايليه ، ص ٤٠٨ ، ومابعدها ، أحمد أبو الوفا – نظرية الدفوع فى قانون المرافعات – ط٩ – ١٩٩١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٩٦٢ ، ومابعدهــا ، أحمــد ماهــر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، وفقا لمجموعة المــرافعات المدنــية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها – الجزء الأول – التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصــاص – ط١ – ص ٦٩ ، ومابعدهــا ، محمود محمد هاشم – قانون القضاء المدنى – ١٩٩١ – الجــزء الــثانى – دار التوفيق للطباعة ، والنشر بالقاهرة – ص ١٦٦ ، ومابعدها ، عبد الحكيم فودة – البطلان فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ط٢ – ١٩٩٣ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية ، نبــيل إسماعــيل عمــر – قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٩٤ – دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية – ص ١٦٨ ، ومابعدها ، أحمد خليل – قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – الخصومة ، والحكــم ، والطعــن – ١٩٩٦ – دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية – ص ٢٨١ ، ومابعدها ، وجــدى راغــب فهمــى ، أحمد ماهر زغلول – دروس فى المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والــتجارية ، وتعديلاتها المستحدثة – الجزء الأول – قواعد مباشرة النشاط القضائى – مبادئ الخصومة المدنية – ١٩٩٦ – دار أبو المجد للطباعة بالقاهرة – ص ٦٩ ، ومابعدها .

(٢) أنظر المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١١ ، ص ٣٠، ٣١

الفصل الثالث

تعريف نظام التحكيم

تقسيم :

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : تعريف الفقه لنظام التحكيم .

والمبحث الثانى : سلطة هيئة التحكيم عند قيامها بتحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فيـــه ، بحكم تحكيم ، يكون حاسما ، وملزما للأطراف المـــحتكميـــن .

وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول
تعريف الفقه لنظام التحكيم

إقتراح الفقه تعريفات عديدة لنظام التحكيم :

إقترح الفقه تعريفات عديدة لنظام التحكيم .

عـرف جانب من الفقه نظام التحكيم بأنه : " الإتفاق على طرح النزاع على أشـخاص معينيـن يسـمون محكمين Arbitres ، ليفصلوا فيه – دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه :

عـرف جانـب مـن الفقه نظام التحكيم بأنه : " الإتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينيـن يسـمون محكميـن Arbitres ، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلا بتحقـيقه ، والفصل فى موضوعه ، وقد يكون الإتفاق على التحكيم فى نزاع معين بعد نشـأته ، ويسمى عندئذ : " مشارطة التحكيم Le Compromis ، وقد يتفق الأطراف ذوو الشـأن مقدمـا ، وقـبل قيام النزاع على عرض المنازعات التى قد تنشأ بينهم فى المسـتقبل . خاصة ، بتنفيذ عقد معين على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيـئات غـير قضـائية ، ويسـمى الإتفـاق عـندئذ : " شـرط التحكـيم Clause La compromissoire [1] .

---

(١) أنظر :

RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage , 1965 , P . 9 , 10 ; ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : L'arbitrage , Droit interne , Droit international prive , 5e ed , Dalloz . 1983 , N. 1 ; VINCENT (J.) , GUINCHARD , GABRIEL MONTAGNIER , ANDRE VARINARD : La Justice et ses institutions , 3e ed . 1991 , P. 27 .

وقـارب : محسـن شفيق ، أحمد أبو الوفا ، محمود محمد هاشم ، أحمد ماهر زغلول ، أشرف عبد العليم الرفاعى – الإشارات المتقدمة .

عــرف جانــب آخر من الفقه نظام التحكيم – وبحق – بأنه : " الطريق الإجــرائى الخصوصـــى للفصـــل فى نزاع معين بواسطة الغير ، بدلا عن الطريق القضائى العام " :

عــرف جانــب آخــر مــن الفقه نظام التحكيم – وبحق – بأنه : " **الطريق الإجرائى الخصوصـــى للفصل فى نزاع معين بواسطة الغير ، بدلا عن الطريق القضائى العام** " (٢) ، فالمشــرع الإجــرائى – **وهو يعمل فى مجال الحقوق الخاصة** – رأى من الملائم أن يكــون أكــثر تســامحا مع الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، **فأتاح لهم – وعن طريق الإتفــاق على التحكيم** – إتباع طريقا إجرائيا خاصا بنزاعهم الذى يدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، فلايفصل فيه قاض محدد مقدما – **وفقا لقواعد الإختصــاص القضائى المقررة قانونا لذلك** – وإنما فردا ، أو هيئة غير قضائية ، تشكل خصيصا للفصل فى هذا النزاع وحده ، بحيث تنتهى مهمتها بالفصل فيه ، ولايتقيد نظره بالإجــراءات ، والأشــكال المحــددة ســلفا بقواعد محددة ، وإنما يترك لأطراف النزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم [1] ، أو لهيئة التحكيم إتباع الإجراءات التى تراها فى نظر هــذا الموضوع ، بشرط احترام الضمانات الأساسية للتقاضى . **وأهمها** : إحترام حقوق الدفــاع للخصـــوم ، وإعمـــال مبدأ المواجهة فى الإجراءات بينهم [2] ، وهذا هو المقصود

---

(١) أنظر : وجدى راغب فهمى – مفهوم التحكيم ، وطبيعته – المقالة المشار إليها – كلية الحقوق – جامعـــة الكويت – الدورة التدريبية للتحكيم – ١٩٩٢ / ١٩٩٣ – ص ٣ . وقارب : على بركات – خصومة التحكيم – بند ١٠ ص ١٤ . حيث يعرف سيادته نظام التحكيم بأنه : " نظاما خاصا للتقاضى يـــنظمه القـــانون الوضعى ، ويسمح بمقتضاه للخصوم – وفى منازعات معينة – بأن يتفقوا على إخراج مـــنازعة قائمـــة ، أو مستقبلة من ولاية القضاء العام فى الدولة ، وتحل هذه المنازعة بواسطة شخص ، أو أشـــخاص عـــاديين ، يختارهم الخصوم – كقاعدة – ويسندون إليهم مهمة الفصل فى هذا النزاع ، بحكم ملزم " .

٢ - أنظر : فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – بند ٤١٦ ، ص ٧٢٥ ، الوسيط فى قانون القضاء المـــدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بـــند ٤٤٧ ، ص ٩٢٠ ، أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضـــائية ، والإختصـــاص القضـــائى – الرسالة المشار إليها – ص ١٩١ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختـــيارى ، والإجـــبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بـــند ١٠٦ ، ص ٤١٢ ، محمود محمد هاشم – إتفاق

بالطـــريق الإجـــرائى الخصوصى للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فهو لـــيس طريقا معدا مقدما للفصل في منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، والتى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، وإنما هو طريقا مفصلا عضـــويا ، وإجرائيا من أجل نزاع معين " النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " [1] .

ولذا ، فإن القواعد الواردة فى باب التحكيم فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، أو الواردة فى القوانين الخاصة المنظمة للتحكيم - كالقانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - لاتتضمن تحديدا لهيئة التحكـــيم ، أو بـــيانا تفصيليا لإجراءات خصومة التحكيم ، وإنما تقتصر على وضع إطار عـــام للطريق التحكيمى ، يبين شروط اتباعه ، ووسائل رقابته بواسطة القضاء العام فى الدولـــة . أما إجراءات التحكيم ذاتها ، فتكتفى بمعالمه الأساسية ، بحيث أن مانصت عليه القوانيـــن الوضعية بشأن إجراءات خصومة التحكيم من قواعد تمثل الحد الأدنى لمراعاة الضـــمانات الأساســـية للتقاضـــى ، فضـــلا عن بعض القواعد المكملة لإرادة الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، والتى ترمى إلى تيسير إعمال الطريق التحكيمى [2] .

التحكـــيم ، وأثـــره عـــلى سلطة القضاء - ص ١٥١ ، ومأأشار إليه من مراجع فى الهامش رقم (١) ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ١٥٤ ، ومابعدها .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧١/٢/١٦ - المنشور فى مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية - المكتب الفنى - السنة الثانية ، والعشرون - ص ١٧٩ . مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد محمد ملـــيجى موسى - الإشارة المتقدمة ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٤٧ ، ص ٩٢٠ - الهامش رقم (٢) .

(١) أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم وطبيعته - المقالة المشار إليها - ص ٤ .

(٢) فى بـــيان مدى التزام هيئة التحكيم بالإشتراطات الإجرائية للأطراف المحتكمين ، فى نظر خصومة التحكـــيم ، أنظـــر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٠٢ ، ومايليها ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٠٢ ، ومايليه ، ص ٢٩٦ ، ومابعدها .

وفى دراسة الإستثناءات التى ترد على مبدأ التزام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق عـــلى التحكـــيم بالإشـــتراطات الإجرائية للأطراف المحتكمين فى نظر خصومة التحكيم - سواء القيود المســـتمدة من عدم تمتع هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بسلطة

وإذا كانــت المهمة الأولى لقانون المرافعات المدنية ، والتجارية هى تنظيم حماية القضاء العام فى الدولة للحقوق ، والمراكز القانونية الناشئة عن المعاملات الخاصة بين الأفراد ، والجماعــات ، فإنــه يحدد بذلك الطريق القضائى العام للفصل فى المنازعات التى تثور بشــأن هــذه الحقــوق ، والمراكــز القانونية . **فهو يحدد عن طريق قواعد الإختصاص القضائى العامة** : منازعات الأفراد ، والجماعات التى تدخل فى نطاق سلطة كل محكمة . **كما يحدد عن طريق قواعد التقاضى** : الإجراءات الواجبة الإتباع أمام المحكمة المختصة بتحقيق النزاع ، والفصل فى موضوعه . وهكذا ، بحيث يلزم للفصل فى أى نزاع قد ينشأ بيــن الأفراد ، والجماعات داخل الدولة الخضوع لهذه القواعد العامة ، فيرفع النزاع إلى المحكمــة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، كما تتبع بشأنه إجراءات التقاضى المحــددة مقدما بواسطتها . ولكن ونظرا لأن هذا الطريق القضائى العام قد لايكون ملائما للفصل فى بعض منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، فإن القوانين الوضعية قد ترســم أحيانا طرقا خاصة للفصل فيها ، تجدها أكثر ملائمة ، مثل نظام التحكيم ، والذى يعمل فى مجال الحقوق ، والمراكز القانونية الخاصة ، ويتيح للأفراد ، والجماعات داخل الدولــة إتــباع طــريق إجرائى خاص بمنازعاتهم التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، إلا أن هذه النظم الإجرائية الخاصة تظل خاضعة لقواعد مجــردة ، تنطــبق علــى طائفة من الحقوق ، والمراكز القانونية ، ولايميزها عن النظام الإجرائى العام سوى نطاقها المحدود ، والخاص [1] .

الأمر ، أو احترامها للمبادئ الأساسية للتقاضى ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٣١٢ ، ومابعدها .

(١) أنظر : وجدى راغب فهمى – مفهوم التحكيم ، وطبيعته – ص ٣ .

المبحث الثانى

سلطة هيئة التحكيم عند قيامها بتحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فيـــه بحكم تحكيم ، يكون حاسما ، وملزما للأطراف المـــحتكميـــن

تمهيد ، وتقسيم :

فيما يتعلق بسلطة هيئة التحكيم عند قيامها بتحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصـــل فـــيه ، بحكـــم تحكيم ، يكون حاسما ، وملزما للأطراف المحتكمين ، بدلا من عرضـــه علـــى القضاء العام فى الدولة ، ومقدار مايرد عليها من قيود - **سواء فى ذلك أكانت قيودا قانونية ، وردت فى نصوص قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المنظمة للتحكـــيم ، وإجـــراءاته ، أم كانـــت قـــد وردت فى نصوص قانونية وضعية خاصة - كالقـــانون الوضـــعى المصـــرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - أم قيودا إتفاقية** ، فإنه وبالإضافة إلى الحدود الإتفاقية لسلطة هيئة التحكـــيم عـــند قـــيامها بتحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فيه ، فإن الأنظمـــة القانونـــية الوضـــعية قـــد تورد فى هذا الشأن بعضا من القيود القانونية [1] ، **وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :**

المطلب الأول : الحدود الإتفاقية لسلطة هيئة التحكيم فى تنظيـــم إجراءات خصومـــة التحكيـــم .

---

[1] فى بـــيان القيود الواردة على سلطة هيئة التحكيم فى تنظيم إجراءات خصومة التحكيم - سواء فى ذلك التزامها باحترام شروط الإتفاق على التحكيم " إحترام نطاق خصومة التحكيم كما حدده الأطراف المحـــتكمون ، الإلـــتزام بميعاد التحكيم ، النطاق الشخصى لخصومة التحكيم ، الإلتزام بالإجراءات التى حددهـــا الأطـــراف المحتكمون ، أو احترام الضمانات الأساسية لحق التقاضى - أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٧٤ ، ومايليه ، ص ٢٧١ ، ومابعدها

المطلب الثانى : الحــدود القانونية لسلطة هيئة التحكيم فى تنظيم إجراءات خصومة التحكيم .

المطلب الثالث : تعريف القانون لنظام التحكيم .

والمطلب الرابع : دور المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة فى تحديد طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم .
وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول

الحدود الإتفاقية لسلطة هيئة التحكيم فى تنظيـم إجراءات خصومـة التحكيـم [1]

لـم يـرد فى المادة (١٤٧٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية – والتى تنص على أنه :

" يفصـل المحكـم فى النزاع طبقا لقواعد القانون مالم يخوله الأطراف فى اتفـاق التحكيم مهمة الفصل كمحكم مصالح compositeur Amiable – ولا المـادة (٥٠٦) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسـنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ فـى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – مايفيد صـراحة منح الأطراف المحتكمين سلطة تحديد الإجراءات الواجب اتباعها فى خصومة التحكيم ، من قبل هيئة التحكيم المكلفة :

لم يرد فى المادة (١٤٧٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية – والتى تنص على أنه :
" يفصـل المحكم فى النزاع طبقا لقواعد القانون مالم يخوله الأطراف فى اتفاق التحكيم مهمـة الفصل كمحكم مصالح compositeur Amiable – ولا المادة (٥٠٦) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة القانون الوضـعى المصـرى رقـم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والـتجارية – مايفـيد صراحة منح الأطراف المحتكمين سلطة تحديد الإجراءات الواجب اتباعها فى خصومة التحكيم ، من قبل هيئة التحكيم .

---

[1] فى بـيان حق الأطراف المحتكمين فى تنظيم سير عملية التحكيم ، ووضع القواعد الإجرائية التى تسير عليها هيئة التحكيم ، فى نظر خصومة التحكيم ، أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – ١٩٩٥ – دار النهضـة العربـية بالقاهـرة – بند ٥١ ، ٥٢ ، ص ٩٢ ، ومابعدها ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٢٧٥ ، ومايليه ، ص ٢٧١ ، ومابعدها .

يستطيع الأطراف المحتكمون أن يتفقوا على الإجراءات التى تتبع أمام هيئة التحكـيم . وعـندئذ ، يجـب اتباع هذه الإجراءات ، بشرط عدم مخالفتها للمـبادئ الأساسـية للتقاضـى ، وعدم تضمنها أية إخلال بحقوق الدفاع للأطراف المحتكمين ، أو مخالفة للقواعد القانونية المنظمة للتحكيم :

تـنص المـادة (٢٥) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" لطرفى التحكيم الإتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم بما فى ذلك حقهما فى إخضـاع هـذه الإجـراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم فى جمهورية مصـر العربـية أو خارجهـا ، فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق ، كان لهيئة التحكيم ، مع مراعاة أحكام هذا القانون ، أن تختار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة " .

كما تنص المادة (٣٩) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، والتى تنص على أنه :

" ١ – تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التى يتفق عليها الطرفان . وإذا اتفقـا علـى تطبـيق قانون دولة معينة ، إتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين مالم يتفق على غير ذلك [١] .

٢ – وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية فى القانون التى ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع

٣ – يجـب أن تـراعى هيئة التحكيم عند الفصل فى موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية فى نوع المعاملة .

٤ – يجوز لهيئة التحكيم – إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح – أن تفصـل فـى موضـوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون " .

ومفـاد النصـين المتقدميـن ، منح الأطراف المحتكمين سلطة تحديد الإجراءات الواجب اتـباعها مـن قـبل هيئة التحكيم فى خصومة التحكيم ، بحيث يمكنهم تنظيم سير عملية التحكيم ، ووضع القواعد الإجرائية التى تتبعها هيئة التحكيم ، فى نظر خصومة التحكيم ، وصياغة هذه الإجراءات فى نصوص من عندياتهم – أى من **خلقهم** ، **وابتكارهم** – سواء شـملت كل ، أو بعض إجراءات خصومة التحكيم ، مع ترك الإجراءات الأخرى للقانون

الوطـــنى ، أو لقـــانون أجنبى ، أو لائحة أحد مراكز التحكيم ، بل يمكنهم أن يمزجوا بين القواعد الإجرائية ، فيجرون نوعا من الإنتقاء من مصادر متعددة ، ويضعون لائحة تسير على هديها هيئة التحكيم ، فى نظر خصومة التحكيم [1] .

فيمكـــن للأطـــراف المحتكميـــن أن يتفقوا على الإجراءات التى تتبع أمام هيئة التحكيم . وعـــندئذ ، يجب اتباع هذه الإجراءات ، بشرط عدم مخالفتها للمبادئ الأساسية للتقاضى ، وعدم تضمنها أية إخلال بحقوق الدفاع للأطراف المحتكمين ، أو مخالفة للقواعد القانونية المنظمة للتحكيم [2] ، أى طالما أن هذه الإجراءات الإتفاقية الواردة فى عقد التحكيم ، أو فـــى اتفـــاق لاحق عليه ، يكون مبرما بين الأطراف المحتكمين ، لتسير على هديها هيئة التحكيم ، فى نظر خصومة التحكيم لاتتعارض مع النظام العام – **سواء وردت فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، أم كانت قد وردت فى قوانين وضعية خاصة " كالقانون الوضـــعى المصـــرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .**

يمكن للأطراف المحتكمين الخروج على النصوص القانونية الوضعية الآمرة ، إذا كانت تنظم أمورا يقصد بها تحقيق مصالحهم ، ولاتحد حريتهم عندئذ

---

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٥١ ، ص ٩٢ ، ٩٣ ، هشام صادق – القواعـــد المطبقة على إجراءات التحكيم – باللغة الفرنسية – بحث مقدم فى ندوة التحكيم الدولى – معهد قانون الأعمال الدولى – ١٩٩٢ – ص ٦ .

(٢) أنظـــر : فـــتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – بند ٤١٦ ، ص ٧٢٥ ، الوسيط فى قانون القضـــاء المـــدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٤٧ ، ص ٩٢٠ ، أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – الرسالة المشار إليها – ص ١٩١ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختـــيارى ، والإجـــبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بـــند ١٠٦ ، ص ٤١٢ ، محمود محمد هاشم – إتفاق التحكـــيم ، وأثـــره عـــلى سلطة القضاء – ص ١٥١ ، وماأشار إليه من مراجع فى الهامش رقم (١) ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ١٥٤ ، ومابعدها .

وانظـــر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧١/٢/١٦ – المنشور فى مجموعة أحكام محكمة النقض المصـــرية – المكتب الفنى – السنة الثانية ، والعشرون – ص ١٧٩ . مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد محمد ملـــيجى موسى – الإشارة المتقدمة ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٤٧ ص ٩٢٠ – الهامش رقم (٢) .

إلا القواعد المتعلقة بالنظام العام فى القانون ، والتى تهدف إلى ضمان سير عملـية التحكيم ، مع كفالة المساواة ، وضمان حصول الأطراف المحتكمين على فرص متكافئة :

يمكـن للأطـراف المحتكمين - **وباعتبار أنهم الأقدر على اختيار ، وتنظيم سير عملية التحكـيم الملائمـة لحاجاتهم ، والمحققة لمصالحهم** - الخروج على النصوص القانونية الوضـعية الآمـرة ، إذا كانت تنظم أمورا يقصد بها تحقيق مصالحهم ، ولاتحد حريتهم عـندئذ إلا القواعد المتعلقة بالنظام العام فى القانون ، والتى تهدف إلى ضمان سير عملية التحكيم ، مع كفالة المساواة ، وضمان حصول الأطراف المحتكمين على فرص متكافئة ، وهـذه القواعـد تمثل مايسمى بالمبادئ الحاكمة ، **أو الموجهة لسير الخصومة القضائية** ، والـتى يلزم مراعاتها دون حاجة إلى نص قانونى خاص يقررها ، إذ تعتبر من المبادئ الأساسـية الـتى تحكم الدعاوى - **قضائية كانت ، أو غير قضائية** - وتكرسها القوانين الوضعية الداخلية والإتفاقيات الدولية المتعلقة بنظام التحكيم . **كما ترددها دوما نصوص** ، ولوائح التحكيم الدولية ، ولوائح هيئات ، ومراكز التحكيم الدائمة ، **وتدور هذه المبادئ حول محورين :**

المحور الأول : تحقيق المساواة بين الأطراف المحتكمين ، ومعاملتهم على قدم المساواة ، دون تمييز .

والمحـور الثانى - كفالة حقوق الدفاع للأطراف المحتكمين : أى حق كل طرف فى **أن تتاح له فرصة المواجهة ، والرد على خصمه .**

ضرورة مراعاة بعض القواعد التنظيمية فى سير إجراءات خصومة التحكيم أمـــام هيـــئة التحكـــيم ، والـــتى يؤدى الإخلال بها إلى المساس بالحقوق الأساسية للأطراف المحتكمين :

يجـــب مـــراعاة بعـــض القواعد التنظيمية فى سير إجراءات خصومة التحكيم أمام هيئة التحكـــيم ، والـــتى يـــؤدى الإخـــلال بهـــا إلـــى المســـاس بالحقوق الأساسية للأطراف المحتكمين (١) .

إســـتعراض لبعض القواعد التنظيمية التى يجب مراعاتها فى سير إجراءات خصومة التحكيم أمام هيئة التحكيم ، والتى يؤدى الإخلال بها إلى المساس بالحقوق الأساسية للأطراف المحتكمين :

يكشف استعراض نصوص القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكـــيم فى المواد المدنية ، والتجارية - والواردة فى الباب الرابع المخصص لإجراءات خصـــومة التحكـــيم أمام هيئة التحكيم - عن أن القواعد التى تعد متعلقة بالنظام العام فى القانون يمكن حصرها فيما يلى :

القـــاعدة الأولى - وجوب معاملة الأطراف المحتكمين على قدم المساواة ، مع تهيئة فرصة متكافئة لكل طرف لعرض دعواه :

وهو أحد المبادئ الأساسية المتقدم ذكرها ، وقد كرسته المادة (٢٦) من قانون التحكيم المصـــرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، بنصها على أنه :

" يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه " .

القـــاعدة الثانية - حـــق كل طرف محتكم فى الإطلاع على مايقدمه الطرف الآخر من مذكـــرات ، أو مســـتندات ، وحقه فى الإطلاع على كل مايقدم لهيئة التحكيم من وثائق مـــتعلقة بموضـــوع التحكيم ، وحقه فى الحصول على فرصة ، ووقت كاف قبل مواعيد الإجتماعات ، والجلسات التى تعقدها هيئة التحكيم :

---

(١) أنظر مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٥١ ، ص ٩٣ ، ٩٤ .

لاشك أن حجب الوثائق ، أو تحديد جلسات ، دون إخطار الأطراف المحتكمين ، أو تحديد المواعيد على نحو لايكفى لاستعداد أحد الأطراف المحتكمين ، وتجهيز طلباته بما يؤيدها ، أو إعداد دفوعه ، ودعمها ، يعد إخلالا بمبدأ المواجهة بين الأطراف المحتكمين ، وبحق الدفـــاع المقرر قانونا لهم ، وقد كرست المادة (٣١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فـــى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية الأحكام الخاصة بالإطلاع على المستندات ، بنصها على أنه :

" ترســـل صورة مما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الآخر وكذلك ترسل إلى كل من الطرفين صورة من كل مايقدم إلى الهيئة من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة " .

كما نصت المادة (٢/٣٣) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شـــأن التحكـــيم فى المواد المدنية ، والتجارية على وجوب إخطار الأطراف المحتكمين بمواعـــيد الجلســـات والإجتماعات ، قبل التاريخ المحدد بوقت كاف [1] . لذلك ، يجب أن تقف عملية التحكيم ، إذا جد من الظروف مايمنع من تطبيق النصوص القانونية الوضعية المـــتقدمة ، فتقف إجراءات خصومة التحكيم ، وكافة المواعيد الخاصة المتفق عليها بين الأطـــراف المحتكميـــن ، أو التى تحددها هيئة التحكيم إذا قام بأحد الأطراف المحتكمين عارضا من شأنه أن يؤدى إلى انقطاع خصومة التحكيم – **كفقد الأهلية ، أو الموت ، أو زوال صـــفة النائـــب** – وفقا لنصوص قانون المرافعات المصرى ، والمحال إليها بنص المـــادة (٣٨) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، مع مراعاة أن هذه الأحكام ليست متعلقة بالنظام العام إلا بقـــدر مساسها بحق الخصم الذى قام به العارض فى الحصول على الفرصة ، لمواجهة ، وتصـــحيح آثار ذلك ، فإذا وجد فى اتفاق الأطراف المحتكمين ، أو لائحة مركز التحكيم المحال عليها مايحقق ذلك – **ولو كان على نحو يخالف نصوص قانون المرافعات المدنية ، والتجارية** – فإن ذلك لايعد إخلالا بالإجراءات المتعلقة بالنظام العام ، فالمحظور هو أن تواصـــل هيئة التحكيم إجراءات خصومة التحكيم ، وتجرى حساب المواعيد فى مواجهة ورثـــة المتوفى مثلا ، أو من فقد أهليته ، أو زالت صفة نائبه ، وتصدر حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم دون أن تمكن من قام به العارض من المثول أمامها ، وتقديـــم دفاعـــه ، فالأمر فى النهاية يكون مرتبطا بالمبادئ ، والأصول الموجهة لسير الدعاوى القضائية – **سواء كانت أمام القضاء العام فى الدولة ، أو أمام هيئة التحكيم** .

والقــاعدة الثالــثة – تــنص المــادة (٤/٣٣) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :
" ويكــون سماع الشهود والخبراء بدون أداء يمين " ، إلا أنه وبالرغم من ذلك ، فإنه لايوجد مايمنع من اتفاق الأطراف المحتكمين على تحليف الشاهد ، أو الخبير .

قــد يــتفق الأطراف المحتكمون فى شرط التحكيم ، أو مشارطته ، أو أثناء خصومة التحكيم على قواعد تفصيلية لخصومة التحكيم ، أو على بعض هذه القواعــد . وعــندئذ ، تكــون الأولوية لما تم الإتفاق عليه ، وعلى هيئة التحكــيم أن تســتكمل مانقصــها ، بــناء على سلطتها الأصيلة فى تحديد إجراءات التحكيم :

قد يتفق الأطراف المحتكمون فى شرط التحكيم ، أو مشارطته ، أو أثناء خصومة التحكيم علــى قواعــد تفصيلية لخصومة التحكيم ، أو على بعض هذه القواعد . وعندئذ ، تكون الأولوية لما تم الإتفاق عليه ، وعلى هيئة التحكيم أن تستكمل مانقصها ، بناء على سلطتها الأصيلة فى تحديد إجراءات التحكيم [1] .

إذا اتفــق الأطراف المحتكمون على اتباع إجراءات الخصومة القضائية – والمقررة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، والواجبة الإتباع أمام المحكمــة المختصة بتحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فــيه ، لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم ، والمحددة مقدما – فإنه يجب على هيئة التحكيم إتباعها ، عند تحقيقه ، والفصل فى موضوعه :

---

(١) أنظر : وجدى راغب فهمى – خصومة التحكيم – المقالة المشار إليها – كلية الحقوق – جامعة الكويت – الدورة التدريبية للتحكيم – ١٩٩٢ /١٩٩٣ – ص ٨ .

وفى بيان مدى حرية هيئة التحكيم فى تنظيم إجراءات التحكيم ، أنظر : وجدى راغب فهمى – خصومة التحكــيم – المقالة المشار إليها – ص ٤ ، ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٣٣٦ ، ومابعدها

إذا اتفــق الأطراف المحتكمون على اتباع إجراءات الخصومة القضائية - **والمقررة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، والواجبة الإتباع أمام المحكمة المختصة بتحقيق الــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فيه ، لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم ، والمحــددة مقدمــا** - فإنــه يجب على هيئة التحكيم إتباعها ، عند تحقيقه ، والفصل فى موضوعه [1] .

قد يحيل الأطراف المحتكمون إلى النظام الإجرائى لأحد مراكز التحكيم ، أو للقــانون الــنموذجى للتحكــيم التجارى الدولى . وعندئذ ، فإنه يجب اتباع القواعــد المحــال إلــيها ، وإلا كان حكم التحكيم الصادر عندئذ فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم باطلا :

تــنص المــادة (٢٥) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - والتى تنص على أنه :

" لطرفى التحكيم الإتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم بما فى ذلك حقهما فى إخضــاع هــذه الإجــراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم فى جمهورية مصــر العربــية أو خارجهــا ، فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق ، كان لهيئة التحكيم ، مع مراعاة أحكام هذا القانون ، أن تختار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة " .

ومفاد النص المتقدم ، أنه يمكن للأطراف المحتكمين أن يحيلوا إلى النظام الإجرائى لأحد مراكــز التحكيم ، أو للقانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى ، بحيث تخضع إجراءات التحكــيم لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس ، أو قواعد محكمة تحكيم لندن أو قواعد المركــز الإقلــيمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة مثلا [2] . وعندئذ ، فإنه يجب اتباع القواعــد المحال إليها ، وإلا كان حكم التحكيم الصادر عندئذ فى النزاع موضوع الإتفاق

---

(١) أنظر : وجدى راغب فهمى - الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٥١ ، ص ٩٣ .

وفى بــيان نظام المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة ، أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ص ٣٨٤ ، ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى - التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع - ص ٢٥٠ ، ومابعدها

علـــى التحكـــيم باطلا ، لخروجه عن حدود الإتفاق على التحكيم [1] . ذلك أن من صور التحكـــيم : التحكيم الحر " **تحكيم الحالات الخاصة** " **Arbitrage libre ou ad hoc** ، والتحكيم المقيد **Arbitrage institutionnel** [2]) . وأساس هذا التقسيم ، أن أسلوب نظام التحكيم يصاغ فى ضوء اختيار أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لطريقة التحكيم الحر ، أو لطريقة التحكيم المقيد . فقد يكون إلتجاء الأطراف المحتكمون للفصل فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى التحكيم الحر ، كما يمكن أن يكون التجائهم إلى هيئات التحكيم الدائمة ، والمنتشرة فى جميع أنحاء العالم .

فتطبيقا لحرية إرادة الأطراف المحتكمين فى نظام التحكيم ، فإن أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يمكنهم الإتفاق على إجراءات التحكيم وفق مايحقق المصلحة الخاصة بهـــم ، مسترشدين بما ورد من القواعد التشريعية المنظمة للتحكيم - **سواء وردت ضمن قواعـــد قـــانون المـــرافعات المدنـــية ، والتجارية ، أم وردت فى شكل قانونى خاص - كالقـــانون الوضـــعى المصـــرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنـــية ، والتجارية** - ملتزمين فقط بما يكون منها نصوصا قانونية آمرة . ولكن لكون نظـــام التحكيم قد يحتاج فى بعض الأحيان . وخاصة ، فى مجال التجارة الدولية ، **لتنظيم** دقيق لإجراءاته وتوفير المتمرسين لمباشرة هذه الإجراءات ، وذوى الخبرة - **والمشهود لهـــم بالكفـــاءة ، والحيدة - فإنه يلزم وضع القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم بصورة تفصـــيلية ، ومســـتقرة مســـبقا ، مع وجود قائمة ، أو قوائم بأسماء المحكمين . وأخيرا ،** الجهـــاز الـــذى يتولى عن أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم متابعة تنفيذ هذه الإجـــراءات ، حتى صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . ومن هـــنا ، فقـــد وجـــدت المؤسسة التحكيمية المتخصصة فى نظام التحكيم ومنها ماهو على المســـتوى الوطنى - **أى المنظمة المعنية ذات التشكيل الوطنى ، وإن كان يتسع نشاطها**

---

(١) فى بـــيان موقف الأنظمة القانونية الوضعية من مدى التزام هيئة التحكيم بالإشتراطات الإجرائية ، عند تحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فيه ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٠٢ ، ومابعدها .

(٢) فى دراسة نظامى التحكيم الحر ، والتحكيم المقيد ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٧٦ ، ومايليه ، ص ٢٩٢ ، ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٨٤ ، ومابعدها .

لتســوية منازعات بين أطراف من جنسيات مختلفة - ومنها مايأخذ الصفة الدولية - أى **منظمة تؤسس بالتعاون فيما بين أعضاء ، أو منظمات من جنسيات مختلفة .**

ومن المعاملات مايكون لها طابعا خاصا . ومن ثم ، تتميز بوجود عقود نموذجية خاصة بهــا ، هــذه العقود يكون لها قواعد مخصصة لنظام التحكيم ، تبرز فيها سمة التخصص الفــنى ، والــنابع عــن الطابع الخاص لهذه المعاملات [1] ، **ومــن ذلك** : قواعد التحكيم الــبحرى الفرنســى - **والصــادرة عن غرفة التحكيم البحرى الفرنسى** [2] - فمثل هذه القواعــد الــتى تــنظم إجــراءات التحكــيم ، تلزم الأطراف المحتكمين الذين يختارونها بالإجــراءات المذكورة ، والسير على مقتضاها ، **وقد تلزمهم بأن تكون هيئة التحكيم من بيــن قائمة معينة لدى المنظمة ، كما أن المنظمة قد يكون لها محكمة تحكيم تشرف على** الإجــراءات ، وتصدر عندئذ قرارات تنظيمية . **لذلك ، فقد عرف هذا النوع من التحكيم** باسم التحكيم المقيد **Arbitrage institutionnel** . **فالتحكيم المقيد هو : نظاما لتسوية** المــنازعات التى تقوم فى اطار مراكز ، أو مؤسسات دائمة للتحكيم ، والإحالة إليه تعنى فى الأصل الأخذ بقواعده الموحدة ، إلا إذا أجاز النظام مخالفتها ، ومثل هذه الإحالة تعفى الأطراف المحتكمين من التصدى لكل تفصيلات شرط التحكيم ، إكتفاء بما ورد فى شأنها فــى نظــام التحكيم المقيد المختار . ذلك أن الإحالة إلى نظام التحكيم المقيد يترتب عليه الأخــذ بمــا ورد فى نظامه القانونى ، **فيما يتعلق بطريقة اختيار أعضاء هيئة التحكيم ، والقواعد التى تكون واجبة التطبيق عليه ، إلا إذا اتفق على خلافها .**

ومــن الممكن أن يتولى الأطراف المحتكمون بأنفسهم تنظيم سير إجراءات التحكيم ، مع الإتفــاق علــى تخويل إدارة التحكيم المقيد - **والمعين فى الإتفاق على التحكيم** - مهمة رعايــتها . كما أنه من المتصور أن يختار الأطراف المحتكمون تنظيم إجراءات التحكيم

---

(١) فى بــيان أسباب تفضيل المعاملات الدولية المعاصرة الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، كوسيلة للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء الوطنى فى مختلف الدول ، أنظر :

RENE DAVID : L'arbitrage dans le commerc international , Paris . 1982 , P . 15 et ss ; JEAN ROBERT : op . cit . , 1983 , P . IX et ss .

(٢) فى استعراض نصوص لائحة غرفة التحكيم البحرى بباريس ، أنظر :

ROBERT (R .) : Arbitrage civile et commerciale , 5 edition . 1983 , P . 890 et s .

وفقـــا لقواعد تنظيم مؤسسى معين ، على أن يقوم جهاز التحكيم لمركز ، أو هيئة أخرى برعاية سير الإجراءات [١] .

والأصـــل فى نظام التحكيم المقيد أن يتحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم باختيار أطراف العقد لقانون له صلة بعناصر العقد ، ومن الممكن أن يحدد الأطراف هذا القانون مباشرة ، أو أن تتم الإحالة إلى قواعد تنازع القوانين فى دولة معينة .

وإذا أحـــيل الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى هيئة تحكيم مقيد فقد يختار أطرافه تطبـــيق القانون الذى يدل عليه نظام هذه الهيئة . كما قد يتفق الأطراف المحتكمون على تطبـــيق العـــادات السارية فى مجال معين ، أو الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وفقا لقواعد العدل ، والإنصاف . وأخيرا ، يمكن صياغة العقد ، أو بنود التحكيم على نحو تفوض به هيئة التحكيم الفصل فيه دون التقيد بقواعد قانونية معينة [٢] .

ذيوع ، وانتشار التحكيم المقيد :

جـــاء ازدهـــار نظام التحكيم ، وذيوعه ، وانتشاره فى العلاقات الخاصة الدولية مرتبطا تاريخـــيا بنشـــأة ، وظهـــور العديـــد من المنظمات ، وهيئات التحكيم الدائمة ، والمراكز المتخصصـــة ، والتى قامت بوضع نظم خاصة بها ، تقوم على إدارتها ، وتطبيقها مراكز تضـــم نخـــبة مـــن المشتغلين بمسائل التحكيم بصفة عامة ، أو فى فرع معين من فروع النشاط الإقتصادى ، وهذه المنظمات ، والهيئات ، والمراكز الدائمة تباشر التحكيم ، وتقوم بـــتقديم خدمـــات لأطراف المنازعات فى التجارة الدولية ، وتهيئ الظروف لإجراء هذه التحكيمات ، بما لها من سكرتارية دائمة ، لوائح ، وقوائم بأسماء المحكمين المؤهلين .

التحكيم المقيد بين الإقليمية ، والعالمية :

---

(١) أنظـــر : أحمد شرف الدين – مضمون بنود التحكيم ، وصياغتها فى العقود الدولية – المقالة المشار إليها – بحث مقدم لندوة حول أهمية الإلتجاء إلى التحكيم التجارى الدولى بالأسكندرية – فى الفترة من ١٩ – ٢١ أكتوبر سنة ١٩٩١ – ص ص ٦ – ٤٧ .

(٢) أنظـــر : أحمد شرف الدين – مضمون بنود التحكيم ، وصياغتها فى العقود الدولية – المقالة المشار إليها – ص ٢٢ ، ومابعدها .

يطلق على هيئة التحكيم مسميات مختلفة ، فيطلق عليها أحيانا محكمة تحكيم **Tribunal d'arbitrage** ، أو مركـز تحكـيم **Centre d'arbitrage** ، أو غـرفة تحكيم **Chambre d'arbitrage** ، أو جمعية تحكيم **Association d'arbitrage** ، وهذه الهيئات الدائمة للتحكيم إما أن تكون نابعة من اتفاقيات ثنائية – **كغرفة التحكيم الفرنسية – الألمانية** – أو هيئات ذات طابع جغرافى ، أو لتجارة معينة – **كهيئة التحكيم الأسكندنافية للجلود** ، **وهيئة التحكيم الدولية لمنازعات الملاحة فى نهر الراين** ، **وغرفة تحكيم القطن فى بولندا** – أو أن تكون هيئات ذات طابع عالمى – **كهيئة التحكيم الأمريكية** ، **ومحكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية** (1) .

ولـم تعد نظم هيئات التحكيم فى المرحلة الراهنة قصرا على هيئات كبار رجال الأعمال فـى العالم الغربى – **كغرفة التجارة الدولية بباريس** – وإنما تحققت فى السنوات الأخيرة تطـورات بالغـة الأثر ، حتى فى نطاق تلك الهيئات التى ظلت لمدة نصف قرن تحتكر القـدر الأكـبر مـن التحكيمات – **بما فيها منازعات الأطراف المصرية** ، **وغيرها من مؤسسات دول العالم الثالث** ، **مع الشركات الكبرى الأجنبية** (2) .

وكان إنشاء غرفة التجارة الدولية بباريس عام ١٩٢٣ **خطوة هامة فى سبيل انتشار نظام** التحكـيم – **كأسـلوب للفصل فى المنازعات المتعلقة بمعاملات التجارة الدولية بمختلف أنواعهـا** – حيـث تم وضع ، **وتطوير قواعد تنظم مختلف مراحل التحكيم** ، منذ مرحلة اختـيار **أعضاء هيئة التحكيم** ، **إلى حين صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق** علـى التحكيم ، واعتماده ، وذلك كله تحت إدارة ، ورقابة هيئة دائمة من المتخصصين ، وعلـى رأسها محكمة التحكيم **Cour of Arbitration** ، والتى تتولى تسمية أعضاء هيئة التحكيم فى كل قضية على حدة ، لتكوين هيئة التحكيم **Arbitration Tribunal** ، والـتى تـتولى إعداد مشروع حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والذى يرفع إلى المحكمة الدائمة ، قبل إبلاغه للأطراف المحتكمين .

---

(١) فى بيان ظروف نشأة محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس ، أنظر :

M . ROTHE : La clause compromissoire , These . 1934 , Paris , P . 136 et ss .

(٢) أنظر تصنيفا لهذه المراكز :

DAVID RENE : op . cit . , P . 49 et s ; FOUCHARD : L'arbitrage commercial international , These . Dijon , ed . Dalloz , 1965 , P . 161 . 274 ; RUBELLIN – DEVICHI : Nature juridique d'arbitrage , P . 141 et s .

وغـــرفة الــتجارة الدولية بباريس هى هيئة غير حكومية ، مقرها مدينة باريس بفرنسا ، وتمـــثل اتحادا يضم شعبا وطنية فى العديد من الدول لغرف التجارة ، والصناعة ، والتى تســتهدف تنسيق المصالح ، والجهود بين كبار رجال الأعمال فى عالم التجارة الدولية ، وفـــى اطـــار هذا الإتحاد لغرف التجارة ، والصناعة الوطنية ، تم وضع قواعد للتحكيم ، تتولى إدارتها ، ومراقبة تطبيقها هيئة دائمة ، وهى محكمة التحكيم .

وبالرجوع إلى قواعد محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس فى صورتها الحالية - والمنشـــورة فـــى نوفمـــبر سنة ١٩٨٢ - يتبين أن نطاقها يشمل " **المنازعات المتعلقة بالمعـــاملات ذات الطابع الدولى** **Any business dispute of an international character** ، وفقـــا لصريح نص الفقرة الأولى من المادة الأولى ، والواردة فى صدر الفصل الأول المتعلق بالتوفيق الإختيارى .

ويتســـم نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس بأنه يمنح محكمة التحكيم سلطة كبيرة فى تعيين ، واعتماد أعضاء هيئة التحكيم [1] .

ولقـــد ظهـــرت فـــى دول أخرى هيئات مماثلة ، نالت دعم ، وتأييد الحكومات المعنية ، وقامت بوضع نظم ، تتضمن القواعد الواجبة الإتباع بشأن التحكيمات التابعة لها . وبصفة خاصـــة ، فى انجلترا ، والولايات المتحدة الأمريكية ، والسويد . كما قامت هيئات دائمة فى مجالات متخصصة - كـــتجارة الحبوب ، المنسوجات ، المعادن ، فى خصوص النقل الــبحرى [1] ، التأمين ، وغير ذلك من المجالات - بحيث صار من الصعب حصرها ، ومعالجة كل منها [2] .

---

[1] فى بيان نظام هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس ، أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولـــية الخاصة - الكتاب الأول - بند ٧١ ، ومايليه ، ص ١٢١ ، ومابعدها ، أحمد رفعت خفاجى - خواطـــر حول نظام التحكيم التجارى ، وغرفة التجارة الدولية بباريس - بحث مقدم حول ندوة فى أهمية الإلـــتجاء إلى التحكيم التجارى ، فى الفترة من ١٩ - ١٢ أكتوبر سنة ١٩٩١ - ص ص ٦٥ - ٧١ ، إبراهيم أحمد إبراهيم - تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - مقالة منشورة فى المجلة المصرية للقانون الدولى - المجلـــد الســـابع ، والثلاثون - ١٩٨١ - ص ص ١ - ١٣ . وبصفة خاصة ، ص ٩٦ ، ومابعدها ، ١١٣ ، ومابعدهـــا ، عمـــرو مصطفى درباله - مراكز التحكيم العالمية - بحث مقدم فى ندوة التحكيم المنعقدة بالأسكندرية ، فى أكتوبر سنة ١٩٩١ - ص ٩٨ ، ومابعدها .

(١) فى دراســـة مراكز التحكيم البحرى المؤسسى - سواء فى ذلك غرفة التحكيم البحرى بباريس ، أو المنظمة الدولية للتحكيم البحرى ، أو غرفة اللويدز للتحكيم البحرى ، أنظر : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٩١ ، ومابعدها .

ومـــن المراكـــز الإقليمية ، المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة [٣] ، والذى أنشئ بقرار اللجنة القانونية الإستشارية لدول آسيا ، وأفريقيا – **والصادر فى دورتها التى عقــدت بالدوحـــة فـــى يناير سنة ١٩٧٨** – وتم تبادل الخطابات الرسمية عقب ذلك بين ســـكرتير هذه اللجنة ، وبين وزير العدل المصرى ، بشأن عمل هذا المركز فى ١٥/٣/١٩٨٣ ، ووافـــق السيد / رئيس الجمهورية عليها بالقرار الجمهورى رقم (١٠٤) لسنة ١٩٨٤ ، وموافقة مجلس الشعب المصرى ، وتم التصديق عليها فى ٢٤/٣/١٩٨٤ [٤] .

---

(٢) أنظر :

CHARLES CARABIBER : L'arbitrage international de Droit prive , 1960 , P . 26 et s .

وفى دراسة تفصيلية لغرف التحكيم ، ودورها فى التحكيمات الدولية ، أنظر :

CHAMY (EDOUARD) : L'arbitrage commercial international dans pays Arabes , 1985 , Paris , P . 188 et s ; GRECH (GASTON) : Precis de l'arbitrage , Traite pratique sur la clause compromissoire et les chambres arbitrales , 1964 ; Les chambres arbitrales en matiere commerciale , 1972 ; Les chambres arbitrales et l'arbitrage commercial , 1952 .

(٣) فى بـــيان مقومات المركز الدولى للتحكيم التجارى الدولى بالأسكندرية ، ظروف إنشاءه ، وظائفه ، بـــيان خصائصـــه ، التعريف به ، ومقارنته بالمركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة ، أنظر : أشـــرف الشـــوربجى – المركـــز الدولى للتحكيم التجارى بالأسكندرية – مقالة مقدمة لندوة حول أهمية الإلـــتجاء إلى التحكـــيم التجارى بالمنطقة ، والمنعقدة بالأسكندرية فى الفترة من ١٩ – ٢١ أكتوبر سنة ١٩٩١ – ص ١٢٠ ، ومابعدهـــا ، عمـــرو مصطفى درباله – مراكز التحكيم العالمية – مقالة مقدمة لندوة المركز الدولى للتحكيم التجارى بالأسكندرية – ص ص ٩٨ – ١١٩ .

(٤) فى بـــيان أســـباب إنشاء المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة – كمؤســـسة تحكيمية – وكيفـــية تحقـــيق ذلـــك ، وتحديد الطبيعة القانونية له ، أنظر : سامية راشد – التحكيم فى اطار المركز الإقليمى بالقاهرة ، ومدى خضوعه للقانون المصرى – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٤ ، ومايليه ، ص ١٣ ، ومابعدها ، إبراهيم أحمد إبراهيم – التحكيم الدولى الخاص – ص ١٢٩ ، ومابعدها

وفى بـــيان المشكلات العملية المثارة بمناسبة تطبيق قواعد لجنة الأمم المتحدة ، فى اطار تقابلها مع الأحكام الـــواردة بالنظام القانونى الوضعى المصرى ، بمناسبة النشاط التحكيمى فى اطار المركز المشار إليه ، أنظر

ومقـــر المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة مدينة القاهرة ويباشر التحكيم – **عند اختيار الأطراف المحتكمون له** – وفق قواعده ، وهى ذات قواعد تحكيم اليونسيترال الصادرة بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٥/١٢/١٩٧٦ [1] .

ومـــن بيـــن أغراض المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة النهوض بالتحكيم الدولـــى ، **وتقديـــم التســـهيلات الازمة لإجراء التحكيم بمقره ، والمعاونة فى تنفيذ أحكام** التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم [2] .

ولاشـــك أن المركـــز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة **يقوم بدور فعال ، سواء** كسلطة تعيين لهيئة التحكيم ، بالتطبيق لقواعد لجنة الأمم المتحدة " **قواعد اليونسيترال** " ، **أو كمقر لقضايا** تحكيم مرفوعة إليه باتفاق الأطراف المحتكمين ، **مع مايقتضيه ذلك الدور المزدوج من ثقة ، واطمئنان** ، والمركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى **بالقاهرة يستطيع** بجانب **قيامه** بوظائفه التى أنشئ أساسا من أجلها – **أى وظيفة المؤسسة التحكيمية – أن** يسعى عن طريق الإتصالات مع سلطات الدول المعنية ، والأوساط التجارية ، والمالية ، لإدخال التعديلات المناسبة فى مختلف تشريعات دول المنطقة .

سامية راشد – التحكيم فى اطار المركز الإقليمى بالقاهرة ، ومدى خضوعه للقانون المصرى – بند ١٧ ، ومايليه ، ص ٤٢ ، ومابعدها .

(١) فى استعراض نصوص هذه القواعد ، ولائحة مركز القاهرة للتحكيم التجارى الدولى ، أنظر : سامية راشد – التحكيم فى اطار المركز الإقليمى بالقاهرة – بند ١٥ ، ص ٣٥ ، ٣٦ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٤٤٣ ، ومابعدها ، ص ٣٩٧ ، ومابعدها ، منير عبد المجيد – التحكيم التجارى الدولى الخاضع لقواعد لجنة الأمم المتحدة " قواعد اليونسيترال " – مقالـــة مقدمة لندوة المركز الدولى للتحكيم التجارى الدولى بالأسكندرية ، والمنعقدة فى الفترة من ١٩ – ٢١ أكتوبر سنة ١٩٩١ – ص ص ١٥٢ – ١٧٨ .

(٢) فى بيان مدى أهمية الإلتجاء إلى نظام التحكيم فى اطار المركز الإقليمى للتحكيم التجارى بالقاهرة ، بدلا من الإلتجاء للتحكيم فى دول الغرب ، وأهمية الدور الذى يمكن أن يؤديه المركز لمتابعة ركب التطور العالمى ، بما يكفل سير إجراءات التحكيم ، وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم بأقل قدر ممكن من المشكلات القانونية ، والتعقيدات الإدارية ، أنظر : سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – بند ٧١ ، ومايليه .

ومـــن المراكـــز الإقليمـــية المتخصصة كذلك فى مجال التحكيم : المركز الدولى للتحكيم الـــتجارى الدولـــى بالأسكندرية ، والذى أنشئ بمعرفة الجمعية التعاونية الإنتاجية لأعمال الوزن ، والمراجعة ، والخبرة الدولية " كومبيصل " ، والتى تأسست فى مدينة الأسكندرية عـــام ١٩٥٨ ، بقصد تحقيق النهوض الإقتصادى ، وإزالة العقبات أمام التجارة الدولية ، والتى قامت بإنشاء المركز الدولى للتحكيم التجارى التابع لها – ومقره مدينة الأسكندرية – لتحقيق مايتطلبه الإنتاج عند نشأة منازعات بين جهات الإنتاج من سرعة الفصل فيها ، مما يكون له الأثر الأكبر فى زيادة الإنتاج ، وازدهار التجارة .

وقد أنشئ المركز الإسلامى للتحكيم التجارى بالقاهرة " مركز صالح عبد الله كامل " [1] ، وكـــان الهـــدف الرئيســـى من إنشائه هو القيام بالبحوث ، والدراسات فى مجال التعامل التجارى الإسلامى ، وتطبيق المبادئ ، والقواعد التى وضعتها الشريعة الإسلامية الغراء ، لحسم المشكلات ذات الطابع التجارى .

ولئـــن كان المركز الإسلامى للتحكيم التجارى بالقاهرة " مركز صالح عبد الله كامل " قد أنشئ أساسا للقيام بمهمة التحكيم التجارى الدولى ، إلا أن ذلك لايحول دون إمكان انتفاع المتنازعين فى المجال التجارى بنشاطه فى التحكيم الداخلى ، لسد فراغ يتطلع المتنازعون إلى ملئه ، لإيجاد مؤسسة تحكيمية تباشر التحكيم الداخلى ، وتعمل فى اطاره . ومن أجل هذا ، فقد تم بتاريخ (٢٥) من جمادى الأول سنة ١٤١١ هـ – الموافق ١١ من ديسمبر ســـنة ١٩٩٠ م – إدخال تعديل فى أغراض المركز ، بمقتضى قرار شيخ الأزهر رقم (٩١٧) لسنة ١٩٩٠ ، تسمح للمركز بالعمل كجهاز للتحكيم التجارى الداخلى ، والدولى علـــى حـــد سواء ، إذا اختار الأطراف المحتكمون تطبيق الشريعة الإسلامية الغراء على موضـــوع الـــنزاع الـــذى نشأ بينهم . وبالإضافة إلى المراكز الدولية العامة ، والمراكز الإقليمـــية المتخصصة فى مجال التحكيم ، فإنه توجد مراكز دولية متخصصة فى التحكيم بشـــأن المـــنازعات ذات الطبـــيعة الفنية ، وتحتاج إلى قدر من التخصص ، ومن ذلك : المركز الدولى لتسوية منازعات السينما ، والغرفة الدولية للفيلم ، وغيرها [1] . وكذلك ،

---

[1] فى الـــتعريف بالمركز الإسلامى للتحكيم التجارى بالقاهرة " مركز صالح عبد الله كامل " ، ظروف إنشاءه ، أهدافه ، خصائصه ، والقواعد المنظمة لإجراءات التحكيم أمامه ، أنظر : عمرو مصطفى درباله – المقالة المشار إليها – ص ١١٣ ، ومابعدها

(١) أنظر :

RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage , nature juridique , Droit interne et Droit international , L . G . D . J , 1965 . Paris , P . 141 –

العديـد مـن المراكـز ، وهيئات التحكيم الوطنية المنتشرة فى جميع أنحاء العالم ، مثل المركز القضائى للتحكيم بباريس ، وغرفة التحكيم فى كل من بوردو ، ليون ، مارسيليا ، مـيلانو ، توريـنو ، تريسـتا بإيطالـيا ، الجمعية الإيطالية للتحكيم ، الغرفة التجارية ، والصناعية بالمملكة العربية السعودية – **والتى أنشئت بمقتضى المادة الخامسة من نظام الغـرفة الـتجارية ، والصـناعية رقم (٦) ، بتاريخ ١٤٠٠/٤/٢٠ ه** – هيئة التحكيم المنصـوص علـيها فى المادة (١٧٧) من قانون المرافعات الكويتى ، غرفة تجارة ، وصـناعة البحرين ، غرفة صناعة عمان ، غرفة صناعة ، وتجارة دبى ، وغيرهم من المراكز [٢] .

وقـد زاد الإلتجاء فى السنوات الأخيرة إلى هيئات تحكيم دائمة ذات طابع دولى ، يتم فى اطـار نظمهـا ، ولوائحها حل النزاع تحت إشراف أجهزتها المتخصصة ، على خلاف الصـورة التقلـيدية ، حيـث يقوم الأطراف المحتكمون بالإتفاق على تشكيل هيئة تحكيم خاصـة فـى صدد كل حالة على حدة ، ورسم الإجراءات التى يتعين على هيئة التحكيم إتباعها .

---

160 ; FOUCHARD : L'arbitrage commercial international , P . 582 et ss .

(٢) أنظر بيانا مفصلا لهذه المراكز :

FOUCHARD PHILLIPE : L'arbitrage commercial international , P . 582 – 590 ; DAVID RENE : L'arbitrage de commerce international , P . 50 – 61 .

وراجع قائمة مراكز التحكيم الفرنسية المشار إليها لدى :

ROBERT JEAN : Arbitrage civile et commercial , Droit interne , Droit international prive , cinquieme edition . 1983 , edition Dalloz , P . 904 et s .

قــد يكــون إلتجاء أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى التجارة الدولية للفصل فيه إلى مايسمى بتحكيم الحالات الخاصة ، أو التحكيم الحر :

قــد يكون إلتجاء أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى التجارة الدولية للفصل فــيه إلــى مايسمى بتحكيم الحالات الخاصة ، أو التحكيم الحر ، وهو تحكيما لايختار فيه الأطـــراف المحتكمون هيئة دائمة للتحكيم ، وإنما يجرى التحكيم فى حالات فردية ، وفق مشيئة الأطراف المحتكمين – **من حيث اختيارهم لهيئة التحكيم التى تباشر مهمة التحكيم بيـــنهم ، بخصـــوص الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وكيفية مباشرة إجراءات التحكيم ، مكان انعقاده ، والقانون الذى يطبق على النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** – ولذلـــك ، فإن شرط التحكيم يصاغ فى هذه الحالة بطريقة تعكس رغبة أطراف النزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم فى كيفية الفصل فيه . ولذلك ، فإن تفصيلات هذا الشرط تختلف من حالة إلى أخرى ، باختلاف خصوصيات كل نزاع ، وتباين رغبات أطرافه .

تلـــتزم هيئة التحكيم أساسا بالإجراءات الإتفاقية ، بشرط ألا تخالف المبادئ الأساسية للتقاضى ، وألا تتضمن إخلالا بحقوق الدفاع للأطراف المحتكمين ، أو مخالفة للقواعد المنصوص عليها فى باب التحكيم ، فى مختلف قوانين المرافعات المدنية ، والتجارية ، أو فى نصوص التحكيم الخاصة :

تلـــتزم هيـــئة التحكـــيم أساسا بالإجراءات الإتفاقية [1] ، وهى الإجراءات ، الأوضاع ، والمواعـــيد التى يتفق عليها **الأطراف المحتكمون** ، لتسير على هديها هيئة التحكيم ، عند تحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فيه ، بدلا من عرضه على محاكم القضـــاء العام فى الدولة . فهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكـــيم تلتزم باحترام الإجراءات ، الأشكال ، والمواعيد التى يتفق **عليها أطراف الإتفاق** علـــى التحكـــيم ، ســـواء تـــم هذا الإتفاق فى شرط التحكيم ، والذى يواجه منازعة أو مـــنازعات محـــتملة ، وغير محددة ، يمكن أن تنشأ عن تفسير العقد – **مصدر الرابطة القانونـــية الأصـــلية** – أو تنفـــيذه ، أم فى مشارطة التحكيم ، والتى تواجه منازعة ، أو

---

(1) فى بيان مدى التزام هيئة التحكيم بالإشتراطات الإجرائية فى نظر خصومة التحكيم ، أنظر محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٣٠٢ ، ومايليها ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٠٢ ، ومايليه ، ص ٢٩٦ ، ومابعدها

منازعات محددة ، وقائمة بالفعل بين الأطراف المحتكمين ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، أم كان قد ورد الإتفاق بين الأطراف المحتكمين على هذه الإجراءات ، الأشكال ، والمواعيد أثناء نظر خصومة التحكيم . فالأطراف المحتكمين قد يتفقون على إجراءات معينة ، تسير على هديها هيئة التحكيم ، فى نظر خصومة التحكيم . وعندئذ ، يجب على هيئة التحكيم أن تتبع هذه الإجراءات ، الأشكال ، والمواعيد ، بشرط ألا تخالف المبادئ الأساسية للتقاضى ، وألا تتضمن إخلالا بحقوق الدفاع للأطراف المحتكمين ، أو مخالفة للقواعد المنصوص عليها فى باب التحكيم ، فى مختلف قوانين المرافعات المدنية ، والتجارية ، أو فى نصوص التحكيم الخاصة - **كالقانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .**

يحسن اتفاق الأطراف المحتكمون على جزاء البطلان ، إذا أخلت هيئة التحكيم بالإجراءات الجوهرية :

يحسن اتفاق الأطراف المحتكمون على جزاء البطلان ، إذا أخلت هيئة التحكيم بالإجراءات الجوهرية - **كاتفاقهم صراحة على بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إذا لم تحلف هيئة التحكيم اليمين أمامهم قبل إصداره ، أو إذا لم تحرر هيئة التحكيم محضرا للإثبات ، متضمنا كل مايدور فى مختلف جلسات التحكيم من وقائع ، وأحداث تتعلق بسير إجراءات خصومة التحكيم** [1] .

عدم مراعاة الإجراءات الإتفاقية الواردة فى عقد التحكيم ، أو فى عقد لاحق عليه ، يكون مبرما بين الأطراف المحتكمين ، يرتب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بشرط أن يترتب على ماأوجبه الأطراف المحتكمون ، وحصلت المخالفة فيه ضررا لأحدهم ، أو لهم جميعا :

عدم مراعاة الإجراءات الإتفاقية الواردة فى عقد التحكيم ، أو فى عقد لاحق عليه ، يكون مبرما بين الأطراف المحتكمين ، يرتب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع

---

[1] فى بيان مضمون التزام هيئة التحكيم باشتراطات الأطراف المحتكمين الإجرائية ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٠٧ ، ومابعدها .

الإتفــاق على التحكيم ، لأنه يعد بمثابة خروج على حدود وثيقة التحكيم ، وتجاوزا لحدود ســلطة هيئة التحكيم . ومن ثم ، فإنه يجيز رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطــلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بشرط أن يترتب على ماأوجبه الأطراف المحتكمون ، وحصلت المخالفة فيه ضررا لأحدهم ، أو لهم جميعا - أى بشــرط عدم تحقق الغاية التى قصدها الأطراف المحتكمون مما اتفقوا عليه - **كعدم إصــدار حكــم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الميعاد المتفق عليه بينهم ، فى عقد التحكيم أو فى عقد لاحق عليه ، يكون مبرما بين الأطراف المحتكمين ، لتلتزم به هيئة التحكيم [1] ، أو عدم صدور حكم التحكيم بإجماعهم ، وفقا لما ورد فى الإتفــاق علــى التحكيم ، أو عدم كتابة محضرا تفصيليا لجلسات التحكيم ، ولإجراءات الإثــبات ، إلى غير ذلك من القيود الإتفاقية التى يمكن أن يوردها الأطراف المحتكمين ، كــنطاق لســلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أثناء نظرها للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .**

(١) فكما تلتزم هيئة التحكيم بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كما حدده الأطراف المحتكمون فى اتفاق التحكيم - فإنهم يلتزمون أيضا بالمدة التى حددها هؤلاء ، للفصل فيه " المواد (١٠٠٧) مــن مجموعــة المرافعات الفرنسية السابقة ، (١٤٥٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، فى النصوص القانونية الوضعية الخاصة بالتحكيم الداخلى فى فرنسا ، (٥٠٥) من مجموعة المرافعات المصرية الحالية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨- والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فى شــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - (١/٤٥) من القانون الوضــعى المصــرى رقــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " ، وأساس هذا الإلتزام يكمن فى أن هيئة التحكيم ليست محكمة من محاكم الدولة - والتى تباشر مهمة الفصــل منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بصفة دائمة - وإنما هى هيئة مشكلة لغرض خاص - وهو الفصل فى نزاع معين - وتنقضى مهمتها - بحسب الأصل - بانتهاء المدة المحددة لها ، مالم يتقرر مدها . فى بيان كيفية تحديد ميعاد التحكيم ، ومن له سلطة مده ، أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٩٠ ، ومايليه . ص ٢٨٤ ، ومابعدها

المطلب الثانى
الحـــدود القانونية لسلطة هيئة التحكيم
فى تنظيم إجراءات خصومة التحكيم [1]

بالإضـــافة إلـــى الحـــدود الإتفاقية المقيدة لسلطة هيئة التحكيم عند تحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فيه ، فإن الأنظمة القانونية الوضعية قد أوردت بعضا من القيود على سلطتها فى هذا الشأن :

بالإضـــافة إلـــى الحدود الإتفاقية المقيدة لسلطة هيئة التحكيم عند تحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فيه ، فإن الأنظمة القانونية الوضعية قد أوردت بعضا من القيود على سلطتها ، فى هذا الشأن .

تلتزم هيئة التحكيم بتحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فـــيه وفقـــا لقواعد القانون الموضوعى ، مالم يكن الأطراف المحتكمون قد أعفوها من التقيد بها ، وحتى ولو كان الأمر كذلك ، فإنها لايمكنها مخالفة قواعد القانون المتعلقة بالنظام العام :

تلتزم هيئة التحكيم بتحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فيه وفقا لقواعد القانون الموضوعى ، مالم يكن الأطراف المحتكمون قد أعفوها من التقيد بها ، وحتى ولو كان الأمر كذلك ، فإنها لايمكنها مخالفة قواعد القانون المتعلقة بالنظام العام ، وقد تضمنت

---

[1] فى دراسة الحدود القانونية لسلطة هيئة التحكيم فى تنظيم إجراءات خصومة التحكيم ، أنظر : وجدى راغـــب فهمى — خصومة التحكيم — كلية الحقوق — جامعة الكويت — الدورة التدريبية للتحكيم — ١٩٩٢ / ١٩٩٣ — ص ٦ ، ومابعدهـــا ، محمـــد نور عبد الهادى شحاته — النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمـــين — ص ٣٦٥ ، ومابعدهـــا ، على بركات — خصومة التحكيم — الرسالة المشار إليها — بند ٤٣٠ ، ومايليه ، ص ٤٢٦ ، ومابعدها .

المـادة (١٤٧٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية [١] مايفيد إصدار هيئة التحكيم حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم غير مقيدة بإجراءات المرافعات المدنية ، والـتجارية [٢] – **عدا مانص عليه فى باب التحكيم** – ويكون حكمها على مقتضى قواعد القانون ، مالم تكن مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين . بينما نصت المادة (٤/٣٩) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فـى المواد

---

[١] والمـادة (٥٠٦) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

(٢) فهيئة التحكيم لاتتقيد فى مباشرة عملها بقواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، إلا فى الحدود الضـيقة الـتى تلزمها بها الأنظمة القانونية الوضعية ، ولقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصـرى تـبريرا لذلـك : " رأى المشروع فى المادة (٥٠٦) منه – والملغاة بواسطة نصوص القانون الوضـعى المصـرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ألا يلزم المحكـم بإجـراءات المـرافعات ، على تقدير أن الإلتجاء إلى التحكيم قد قصد به فى الأصل تفادى هذه القواعـد ، هذا مع التزام المحكم بكل القواعد المقررة فى باب التحكيم ، وهى تقرر الضمانات الأساسية للخصوم فى هذا الصدد " ، وقد كانت الفقرة الأولى من مشروع الحكومة تنص على أنه :
" يصـدر المحكمون حكمهم على مقتضى قواعد القانون غير مقيدين بإجراءات المرافعات عدا مانص عليه فى هـذا الـباب ، إلا إذا كانوا مفوضين بالصلح ، فلا يتقيدون بهذه القواعد ، والإجراءات " ، فعدلتها اللجنة التشريعية على نحو ماكان واردا فى نص المادة (٥٠٦) منه – قبل إلغائها بواسطة نصوص القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بحيث تتقيد هيـئة التحكـيم – ولو كانت مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين – بإجراءات المرافعات المنصوص علـيها فى بـاب التحكـيم ، ولقد قيل تبريرا لذلك أن هذه الإجراءات تتعلق بضمانات أساسية لايجوز الإسـتغناء عنها . فهيئة التحكيم تصدر حكم التحكيم فيه غير مقيدة بإجراءات المرافعات ، عدا مانص علـيه فى بـاب التحكـيم ، وذلك مرده أن الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعـات الـتى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة قد قصد به فى الأصل تفـادى قواعـد المرافعات المدنية ، والتجارية ، وعلى اعتبار أن تقدير هيئة التحكيم هو معيار الصحة ، والحـق ، والقواعد المقررة فى باب التحكيم تقرر ضمانات أساسية للخصوم ، وهم ماقبلوا الإتفاق على طـرح النزاع على غير المحكمة المختصة أصلا بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلا على أسـاس إحـترام هذه القواعد ، والمبادئ الأساسية للتقاضى ، وحقوق الدفاع ، وغير ذلك من القواعد المتعلقة بالنظام العام ، والتى لايجوز الإتفاق على تجاهلها ، أو الخروج عليها ، أو مخالفتها .

المدنية ، والتجارية على أنه :

" **يجـوز لهيـئة التحكيم – إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح – أن تفصـل فـى موضـوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون** " ، أى تلتزم هيئة التحكيم بتحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فـيه وفقـا لقواعـد القـانون الموضوعى ، إلا إذا كانت مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكميـن ، فإنها لاتلتزم عندئذ بتحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فـيه وفقـا لقواعد القانون الموضوعى ، بل يكون لها عندئذ أن تحققه ، وتفصل فيه وفقا لقواعـد العدالة ، وأن ترفض تطبيق قاعدة قانونية وضعية معينة ، فلها مثلا رفض الدفع بالتقادم ، ورفض الحكم بالمقاصة – **فى الأحوال المقررة قانونا** (1) .

فهيـئة التحكـيم تعفى فى كل من نظام التحكيم بالقضاء " نظام التحكيم العادى " ونظام التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم بالصلح بيـن الأطراف المحتكمين من التقيد بإجراءات

(1) أنظر : أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – الرسالة المشار إليها – ص ٩٠ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٧١ ، ص ٢٠٧ ، محمـد نـور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٤٠٣ ، ومابعدها .

المرافعات المدنية ، والتجاريــة ، عدا مايلي :

(١) الإجراءات ، الأوضاع ، والمواعيد المقررة في باب التحكيم (١) :

إذا كانت الأنظمة القانونية الوضعية قد منحت الأطراف المحتكمين ، وهيئة التحكيم حرية تنظـيم إجراءات خصومة التحكيم ، بالطريقة التي يرونها مناسبة لظروف كل نزاع ، إلا أنهـا قد تضمنت العديد من الإجراءات التي يضمن بها حدا أدنى لجدية خصومة التحكيم أمام هيئة التحكيم ، والتي يلزم مراعاتها أثناء خصومة التحكيم ، وقد كانت المادة (٥٠٦) من مجموعة المرافعات المصرية الحالية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة القانون الوضعي المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية** - تنص على أنه :

" يصــدر المحكمــون حكمهم غير مقيدين بإجراءات المرافعات عدا مانص عليه في هذا الــباب .... " - أي بـــاب **التحكيم** - وهو ماأكدته المادة (٢٥) من القانون الوضعي المصـــري رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية ، عـــندما أجازت للأطراف المحتكمين إمكانية الإتفاق على إجراءات خصومة التحكيم ،

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٠٦ ، ص ٢٤٤ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - بند ٧١ ، ص ٢٠٧ ، عـــلي بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣١٧ ، ومايليه ، ص ٣١٢ ، ومابعدها .

وانظر أيضا : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧١/٢/١٦ - مجموعة النقض - ٢٢٠ - ١٧٩ - ٣١ - مشارا لهذا الحكم لدى : فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - الإشارة المتقدمة - الهــامش رقم (٦) ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - الإشارة المتقدمة - الهامش رقم (٢) . وانظر أيضا : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٧٦/٢/١٦ - مجموعة النقض - س ٢٧ - ١٧٦٩ - مشارا لهذا الحكم لدى : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - الإشارة المتقدمة . وانظر أيضا : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٨٣/٣/٢ - في الطعن رقم (١١٤٢) - لسنة (٥١) ق . مشارا لهذا الحكم لدى : أحمـــد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٧٨ ، ص ١٨٢ - الهــامش رقم (٢) ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - بند ٣٨ ، ص ١٠٦ . وانظر أيضا : نقض مدني مصري - جلسة ١٩٨٥/٤/٢٣ - في الطعن رقم (١٧٣٦) - لسنة (٥١) ق . مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٩٢ ص ٢٢٣ - الهامش رقم (٢)

وأتبعــت ذلك بقولها : " **فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق ، كان لهيئة التحكيم - مع مراعاة أحكــام هــذا القــانون** - أن تخــتار **إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة - مع مراعاة الأحكــام الواردة فى** باب **التحكيم** " . ونتيجة لذلك ، فإن على هيئة التحكيم أن تلتزم بكل القواعد المقررة فى باب التحكيم [1] .

ففــى نظام التحكيم بالقضاء " **نظام التحكيم العادى** " ، تلتزم هيئة التحكيم بمراعاة قواعد القانون - **الموضوعية ، والإجرائية على حد سواء** - إلا إذا أعفاها أطراف الإتفاق على التحكــيم مــن التقيد بالقواعد القانونية الموضوعية - **والواردة فى القانون** . فى حين أنه وفى نظام التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين لاتلتزم هيئة التحكــيم بمــراعاة أحكام القانون ، وإنما عليها أن تقرر الحل الملائم لمصلحة الأطراف المحتكميــن ، فهى لاتتقيد عند نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بقواعد القانون الموضوعى ، ولايكون حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قابلا للطعن فيه كأصل عام [2] . فهيئة التحكيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين

---

(1) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٢/٣/٢ - مجموعة القواعد ١ - ٢ - ١٠٨ - ١٧٠٣ . ولقد قضى بأنه : " إعفاء المحكمين من اتباع إجراءات المرافعات ليس من شأنه عدم اتباع الأحكام الخاصة بالتحكــيم الــواردة فى ذات القانون " ، أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٢/٥/٤ - مجموعة القواعد ١ - ٢ - ١٠٩ - ١٧٠٣.

كما قضى بأنه : " إذا أحال القانون إلى بعض القواعد المقررة فى قانون المرافعات ، لإعمالها أمام المحكمين ، فإن إعمال الإحالة يقتصر حتما على الجزئية التى وردت فى شأنها . ولذلك ، فإنه فى خصوص رد المحكم ، فإنه يسرى فى شأنه ذات الأسباب التى يرد بها القاضى ، دون القواعد الإجرائية للرد ، ذلك لأن الإحالة قد وردت بالنسبة إلى الأسباب فحسب ، فتقتصر على ماوردت فى شأنه " ، أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٦/١٢/١٦ - المجموعة ٢٧ - ١٧٦٩ .

(٢) أنظــر : محمــود محمد هاشم - إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء - دراسة مقارنة - ١٩٨٦ - دار الفكــر العربى بالقاهرة - بند ١٢ ، ص ٢٢ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٧٧ ، ص ١٧٩ .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٧/٥/١٨ - فى الطعن رقم (٢٤٩) - السنة (٣٣) ق - مجموعــة المكتب الفنى - ص ١٨ - رقم ١٥٣ - ص ١٠٢١ . مشارا لهذا الحكم لدى : أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٢٦ ، محمود محمد هاشم - إستنفاد

لاتتقـيد عند تحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فيه بقواعد القانون ، كمـا لاتتقـيد بأوضـاع المـرافعات المدنية ، والتجارية ، ولابالشكل العام المقرر فيه ، ولاتسرى على تصرفاتها الجزاءات المقررة فيه ، إلا أنه يعتد بالشكل الخاص الوارد فى باب التحكيم ، وهذا الشكل يلزمها حتما ، مالم ينص القانون صراحة على غير ذلك (1) .

والعلـة مـن تقيد هيئة التحكيم بإجراءات المرافعات المدنية ، والتجارية - **والمنصوص علـيها فـى بـاب التحكيم** - هى أن هذه الإجراءات تتعلق بضمانات أساسية ، لايجوز الإستغناء عنها (2) . ولذلك ، فإن هيئة التحكيم تتقيد بالإجراءات المنصوص عليها فى باب

ولايـة المحكمين - المقالة المشار إليها - ص ٦٢ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٧١ ص ٢٠٦ .

(1) أنظـر : أحمـد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١١٢ ص ٢٦٦ .

وانظر أيضا :

La cour d'appel de Paris . 11 Avril 1957 , Rev . Arb , 1958 . 21 .

والـتى قضت فيه بأنه : " حكم هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمفوضـة بالصـلح بـين الأطراف المحتكمين غير المسبب يكون باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام ، وأن الـتزامها بتسبيب حكم التحكم الصادر منها يكون التزاما جوهريا - شأنها فى ذلك شأن التزام المحاكم القضـائية بتسبيب الأحكام القضائية الصادرة منها " ، وحول طبيعة البطلان فى هذه الحالة ، أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١١٢ ، ص ٢٦٧ .

(2) راجـع فى ذلـك : تقريـر لجـنة الشئون التشريعية بمجلس الشعب المصرى ، عن مشروع قانون المـرافعات المدنـية ، والتجارية المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، والمذكرة الإيضاحية لهذا القانون ، بصـدد المـادة (٥٠٦) مـن نصوص المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - والـتى جـاء بهـا " أن المشرع رأى ألا يلزم المحكم بإجراءات المرافعات على تقدير أن الإلتجاء إلى التحكـيم قد قصد به فى الأصل تفادى هذه القواعد ، هذا مع التزام المحكم بكل القواعد المقررة فى باب التحكيم ، وهى تقرر الضمانات الأساسية فى هذا الصدد " ، وانظر فى التطبيقات القضائية فى هذا الشأن - أى فى صدد التزام هيئة التحكيم باحترام الإجراءات الواردة فى باب التحكيم : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧١/٢/١٦ - فى الطعن رقم (٢٧٥) - س (٣٦) ق - مجموعة المبادئ - س (٢٢) - ص ١٧٩ ، ١٩٨٢/٥/٤ - فى الطعن رقم (٧٣٦) - س (٤٩) - مجموعة المبادئ - س (٣٣) -

التحكيم – مراعاة لهذه الضمانات – حتى ولو كانت مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين [1] .

تطبيقات لالتزام هيئة التحكيم بالأحكام الواردة فى باب التحكيم ، عند تحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فيه :

تلتزم هيئة التحكيم بتحرير حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وإيداعه فى قلم كتاب المحكمة المختصة بهذا الإيداع ، وفقا لأحكام القانون :

تلتزم هيئة التحكيم بتحرير حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وإيداعه فى قلم كتاب المحكمة المختصة بهذا الإيداع ، وفقا لأحكام القانون ، وهى تكون خاضعة لهذه الرقابة ، حرصا على مصلحة الأطراف المحتكمين أنفسهم ، لمجرد التحقق من أن إراداتهم ترمى بالفعل إلى اختيار نظام التحكيم ، ومن أن حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد توافر فيه كل الشكل المطلوب ، تمهيدا لتنفيذه .

تلتزم هيئة التحكيم بتسبيب حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وإلا كان باطلا :

تلتزم هيئة التحكيم بتسبيب حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وإلا كان باطلا ، لأن إرادة الأطراف المحتكمين ترمى أساسا إلى إجراء تحكيم ، وليس إلى مجرد إجراء صلح بينهم . وتفويض هيئة التحكيم بالصلح بين الأطراف

ص ٤٧٥ ، ١٩٨٥/٤/٢٣ – فى الطعن رقم (٧٣٦) – س (٥١) ق – مجموعة المبادئ – س (٣٦) – ص ٦٥٣ ، ١٩٩١/٣/٢٤ – فى الطعن رقم (٩٠) – س (٥٨) – مجموعة المبادئ – س (٤٢) – ص ٧٩٣ .

وراجع كذلك فى التطبيقات القضائية العديدة المشار إليها لدى : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣١٧ ، ص ٣١٣ – الهامش رقم (١) .

(١) أنظر : فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – ص ٥٢ .

المحتكميــن لايعفيها من ضرورة بيان الأساس القانونى ، أو مبادئ العدالة ، والإعتبارات الــتى حــدت بهــا إلى ماأستندت إليه فى حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

إذا كانــت هيــئة التحكيم فى نظام التحكيم بالقضاء " التحكيم العادى " تملك رفــض جمــيع طلــبات أحــد أطراف خصومة التحكيم ، فإن هيئة التحكيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين لاتملك ذلك :

إذا كانــت هيــئة التحكيم فى نظام التحكيم بالقضاء " **التحكيم العادى** " تملك رفض جميع طلــبات أحد أطراف خصومة التحكيم ، لأنها تحكم ، فإن هيئة التحكيم المفوضة بالصلح بيــن الأطراف المحتكمين لاتملك ذلك ، لأنها تجرى صلحا بينهم ، والمصالح لايجوز له أن يجرد أحد أطراف الخصومة من كل مايتمسك به من حقوق .

لاتلــتزم هيئة التحكيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين أن تجعل نزولهم عن بعض حقوقهم ، أو ادعاءاتهم متساويا ، بل يكفى أن تنسق بين هذه الحقوق ، أو الإدعاءات ، بحيث تجعلها متوافقة :

لاتلــتزم هيــئة التحكيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين أن تجعل نزولهم عن بعــض حقوقهــم ، أو ادعــاءاتهم متســاويا ، بــل يكفى أن تنسق بين هذه الحقوق ، أو الإدعاءات ، بحيث تجعلها متوافقة .

لايلــزم لإجراء الصلح بين الأطراف المحتكمين أن يكون لكل طرف محتكم حقوقــا يدعيها ، بل يكفى أن يكون لطرف محتكم واحد حقوقا يدعيها قبل الأطراف الآخرين فى خصومة التحكيم :

لايلزم لإجراء الصلح بين الأطراف المحتكمين أن يكون لكل طرف محتكم حقوقا يدعيها ، بل يكفى أن يكون لطرف محتكم واحد حقوقا يدعيها قبل الأطراف الأخرين فى خصومة التحكــيم ، وتحســم عــندئذ هيــئة التحكــيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين خصــومة التحكــيم ، بأن تقرر فى حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق علــى التحكــيم حق الخصم قبل الأطراف الأخرين فى خصومة التحكيم ، وتحدد له أجلا

للوفاء به غير الأجل المحدد بينهم ، أو تيسر على المدين ، فتعفيه من أداء جزء من الحق ، بشرط أداء الباقى على الفور .

(٢) تلتزم هيئة التحكيم بالإجراءات ، والأوضاع المتعلقة بالنظام العام ، والمقصود منها حماية حقوق الدفاع للأطراف المحتكمين " ، واحترامهـا " الضمانـات الأساسية للتقاضى " (١) :

---

(١) فى دراسة أحكام التزام هيئة التحكيم باحترام الضمانات الأساسية للتقاضى ، عند الفصل في النزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٠٥ ، ومايليه ، ص ٢٩٩ ، ومابعدها .

وفى سـياق التطبيقات القضائية بشأن أحكام التزام هيئة التحكيم باحترام الضمانات الأساسية للتقاضى ، عند الفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر :

Cass . Civ , 12 Janv . 1968 , Rev . Arb , 1969 ; Paris . 7 Janv . 1963 . Rev . Arb . 1963 . 21 .

" حق الخصوم فى الحضور ، أو التمثيل أمام هيئة التحكيم " .

Paris . 15 Dec . 1967 . Rev . Arb . 1967 . 118 ; Paris . 26 Nov . 1981 . Rev . Arb . 1982 . 439 ; Paris . 25 Mars , 1983 . Rev . Arb . 1984 . 363 .

" حق كل خصم فى أن يستمع إليه أعضاء هيئة التحكيم " .

Paris . 3 Mars . 1992 . Rev . Arb . 1993 . 107 .

" إلتزام هيئة التحكيم باحترام الضمانات الأساسية لحق التقاضى " .

Paris . 21 Nov . 1967 . Rev . Arb . 1967 . 122 ; Paris . 6 Fev . 1969 . Rev . Arb . 1969 . 92 ; Paris . 13 Mars . 1973 . Rev . Arb . 1973 . 176 ; Paris . 3 Mars . 1992 . Rev . Arb . 1993 . 107 ; Paris . 14 Oct . 1993 . Rev . Arb . 1994 . 380 .

" حق كل خصم فى مناقشة طلبات ، ومستندات خصمه أثناء نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " .

Cass . Civ . 31 Janv . 1979 . Rev . Arb . 1979 . 366 .

" الإلتزام بسماع كل خصم بمعرفة جميع أعضاء هيئة التحكيم " .

Cass . Civ . 17 Juill . 1978 . Rev . Arb . 1979 . 241 ; Cass . Civ . 30 Nov . 1978 . Rev . Arb . 1979 . 355 ; Cass . Civ . 16 Fev . 1968 . Rev . Arb . 1978 . 469 .

" حق كل خصم فى مناقشة مسائل الواقع ، والقانون التى جمعتها هيئة التحكيم " .

إذا كــان الأصل الإتفاقى لنظام التحكيم يفرض على هيئة التحكيم مراعاة نطاق خصومة التحكــيم " **الموضـــوعى ، والشخصى** " وكافة اشتراطات الأطراف المحتكمين - **والتى وردت فى الإتفاق على التحكيم** - فإن الطبيعة القضائية للمهمة التى تقوم بها هيئة التحكيم تفرض عليها أن تحترم الضمانات الأساسية لحق التقاضى ، وتلتزم هيئة التحكيم باحترام هذه الضمانات أيا كان نوع التحكيم المختار من قبل الأطراف المحتكمين - **أى سواء كان تحكــيما مـــع تفويـــض هيئة التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين ، أم كان تحكيما بالقضـــاء " تحكيما عاديا "** - وسواء اتفق الأطراف المحتكمون على التزامها بتطبيق هذه الضـــمانات ، أو لـــم يكونوا قد اتفقوا على ذلك ، على أساس أن هذه الضمانات تعد من المســـائل الملازمـــة لفكـــرة العدالة ذاتها ، والإلتزام باحترامها يمثل الحد الأدنى لحسن ممارسة الوظيفة القضائية .

فهيئة التحكيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين وإن كانت لاتتقيد بقواعد القانون ، إلا أنهـــا تتقـــيد - **كهيئة التحكيم فى نظام التحكيم بالقضاء " التحكيم العادى "** - بما يـــتعلق منها بالنظام العام ، كما تتقيد كذلك بقواعد الإجراءات المتعلقة بالنظام العام فيه ، وهـــى تلـــك القواعـــد التى لايستطيع الأطراف المحتكمون الإتفاق على استبعادها - **أى القواعـــد القانونـــية الوضـــعية الآمرة ، أو الملزمة - والمتعلقة بالنظام العام - والتى لاتملـــك الإرادة الخاصـــة مخالفـــتها** ، وإلا تعرض حكم التحكيم الصادر منها عندئذ فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للبطلان [1] . فإذا كان الهدف من الإلتجاء إلى نظام

وراجع كذلك التطبيقات القضائية العديدة لالتزام هيئة التحكيم بالضمانات الأساسية للتقاضى ، وأصوله العامة ، أثناء تحقيق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والفصل فيه ، والمشار إليها لدى :

VINCENT et GUINCHARD : op . cit . , N . 1372 ; ROBERT et MOREAU : op . cit . , N . 226 .

وانظر أيضا :

Civ . 2e , 9 Dec . 1981 . D . 1983 . 238 . Note : ROBERT ; Rev . Arb . 1982 . 183 . Note : COUCHEZ ; Paris . 3 Mars . 1987 . D . 1987 . I R . 73 .

وانظر أيضا : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٠٥ ، ومايليه ، ص ٢٩٩ ، ومابعدها .

التحكيم هو تجنب إجراءات التقاضى العادية ، فإن ذلك لايعنى ترك ، أو إهمال الضمانات الأساسية المقررة للخصوم فى الخصومة القضائية العادية ، لأنه يجب على هيئة التحكيم - وإن أعفيت من التقيد بإجراءات التقاضى العادية - مراعاة هذه الضمانات . خاصة ، ماتعلق منها بمبدأ حرية الدفاع ، ومواجهة الخصوم ، فضلا عن مراعاة القواعد الأخرى الخاصة بنظام التحكيم [1] .

تطبيقات لبعض المبادئ الأساسية للتقاضى ، وأصوله العامة ، والتى تلتزم هيئة التحكيم باحترامها ، عند الفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

من المبادئ الأساسية للتقاضى ، وأصوله العامة ، والتى تلتزم هيئة التحكيم باحترامها ، عند الفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - سواء فى نظام التحكيم بالقضاء " التحكيم العادى " ، أو فى نظام التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين - مبدأ المساواة بين الخصوم فى خصومة التحكيم ، مبدأ إحترام حقوق الدفاع للخصوم فى خصومة التحكيم ، مبدأ المواجهة بينهم فى إجراءات خصومة التحكيم ، واتخاذ إجراءات التحقيق بحضور جميع أعضاء هيئة التحكيم ، أو وجوب نظر خصومة التحكيم بحضور جميع الأطراف ، ومبدأ عدم قضاء هيئة التحكيم بعلمها الشخصى :

من المبادئ الأساسية للتقاضى ، وأصوله العامة ، والتى تلتزم هيئة التحكيم باحترامها ، عند الفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - سواء **فى نظام التحكيم بالقضاء " التحكيم العادى " ، أو فى نظام التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم بالصلح بين الأطراف**

---

[1] أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٧٧ ، ص ١٨٢ ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٨٩ ، ومابعدها .

[1] أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٨١ ، ومايليه ، وجدى راغب فهمى - الإشارة المتقدمة .

المحتكمين – مبدأ المساواة بين الخصوم فى خصومة التحكيم ، مبدأ إحترام حقوق الدفاع للخصوم فى خصومة التحكيم ، مبدأ المواجهة بينهم فى إجراءات خصومة التحكيم ، واتخاذ إجراءات التحقيق بحضور جميع أعضاء هيئة التحكيم ، أو وجوب نظر خصومة التحكيم بحضور جميع الأطراف ، ومبدأ عدم قضاء هيئة التحكيم بعلمها الشخصى [1] ، ولقد نصت المادة (١٤٦٠) من مجموعة المرافعات الفرنسية على ذلك ، حيث تنص فى فقرتها الأولى على أنه :

" **يقوم المحكمون بتحديد إجراءات التحكيم دون الإلتزام باتباع الإجراءات المعمول بها أمام المحاكم مالم يتفق الخصوم على خلاف ذلك فى اتفاق التحكيم** " .

كما تنص فى فقرتها الثانية على أنه :

" **إنطباق الضمانات الأساسية لحق التقاضى الواردة فى صدر مجموعة المرافعات الفرنسية على خصومة التحكيم** " .

ولقد كانت المادة (٨٣٤) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ تلزم هيئة التحكيم بمراعاة الأصول ، والمبادئ الأساسية للتقاضى أمام المحاكم – رغم عدم تقيدها بالإجراءات المتبعة أمامها – ولم يظهر هذا الحكم فى النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم فى مصر بعد ذلك – سواء فى نصوص قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، والتى كانت تنظم التحكيم فى

---

[1] أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – ط ١٩٩٢ – بند ٤٣ ، ص ٨٠ – الهامش .

وفى استعراض تطبيقات أحكام القضاء بشأن التزام هيئة التحكيم بتطبيق القواعد القانونية الآمرة ، والمتعلقة بالنظام العام ، عند الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر :

VAN – HECRE : Arbitrage et restrinction de la concurrence , Rev . Arb . 1973 , P . 3 et s ; P . ANCEL : Juris – Classeur , Procedure civile , Fasc. 1024 , ou commercial , Fasc . 311 , N . 102 et s .

وانظر أيضا :

Paris . 10 Mars . 1981 . Rev . Arb . 1982 . 214 .

وانظر أيضا : وجدى راغب فهمى – خصومة التحكيم – المقالة المشار إليها – ص ٦ ، ٧ .

مصـــر " المـــواد مـــن (٥٠١) - (٥١٣) " - والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصـــرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - أو القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية . ومع ذلك ، فإن الفقه ، وأحكام القضاء فى مصر قد اعتمدوا فى هذا الشأن استمرار العمل بهذا الحكم - رغم عدم النص عليه [١] . ولأجل ذلك ، فإنه لايجوز تقديم مســتندا مباشــرة إلى هيئة التحكيم دون اطلاع الخصم الآخر عليه . كما يجب على هيئة التحكـــيم إحترام حقوق الدفاع للخصوم فى خصومة التحكيم ، فتمكنهم من إبداء دفاعهم ، وتخويلهـــم المواعـــيد الازمة لإعداد هذا الدفاع . كما يجب عليها إحترام مبدأ عدم قضاء القاضـــى بعلمـــه الشخصى ، ومبدأ وجوب نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، واتخاذ إجراءات الإثبات فى خصومة التحكيم بحضور جميع أعضاء هيئة التحكيم ، وغير ذلـــك مـــن مـــبادئ التقاضـــى ، وضماناته الأساسية [٢] ، والتى يجب على هيئة التحكيم مراعاتها ، ولو كانت مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين [٣] .

---

(١) أنظر : فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - ص ٩٨٠ .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٦/١٢/١٦ - المجموعة ٢٧ - ١٧٦٩ ، ولقد جاء فيه أنـــه : " المحكمـــين المفوضين بالصلح يلتزمون - رغم إعفائهم من التقيد بإجراءات المرافعات - بمراعاة المـــبادئ الأساسية فى التقاضى ، وأهمها : مبدأ احترام حقوق الدفاع ... " . وفى تفصيل ذلك ، أنظر : أحمـــد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - ط ١٩٩٢ - بند ٣/٤٢ ، ص ٧٧ ، ٧٨ - الهامش رقم (١) .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٣٣٥ .

٣ - حـــول أساس ، وحدود التزام هيئة التحكيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين ، بالنسبة للنزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم - سواء فيما يتعلق منها بمبدأ إحترام حقوق الدفاع للخصوم فى خصومة التحكيم ، أو معاملتهم على قدم المساواة ، واتخاذ الإجراءات فى مواجهتهم ، أو اتخاذ إجراءات التحقيق فى خصـــومة التحكيم بحضور جميع أعضاء هيئة التحكيم ، أو وجوب نظر خصومة التحكيم بحضورهم - أنظر :

MOREL : op . cit . , N . 727 ; PERROT : L'application a l'arbitrage des regles du nouveau Code , Rev . Arb , 1980 , 642 ; P . ANCEL : Procedure civile , Fasc . 1014 , ou commercial , Fasc . 311 , Juris – Classeur , N . 101 et s ; ERIC – LOQUIN : op . cit . , N . 37 et ss , N . 80 et s .

وانظر أيضا : فتحى والى – قانون القضاء المدنى – بند ٤١٦ ، ص ٧٢٥ ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٤٧ ، ص ٩٢٠ ، ومابعدها ، أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – الرسالة المشار إليها – ص ١٩٠ ، ١٩١ ، أمينة النمر – قوانين المرافعات – الكتاب الثالث – ١٩٨٢ – بند ٨٦ ، ص ١٥٣ – الهامش رقم (٥٣) ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٠٦ ، ص ٢٤٥ ، أسامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤٤٢ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٨١ ، ومايليه ، قواعد التنفيذ ، وإجراءاته فى قانون المرافعات – ط٢ – ١٩٩١ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ٩٨ ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – ط ١٩٩٢ – بند ٤٣ ، ص ٨٠– الهامش ، محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٣١٥ ، ومابعدها .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٠ /٦/٣٠ – س (١١) – ص ٤٧٦ . مشارا لهذا الحكم لدى : محمود محمد هاشم – إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء – ص ١٥٤ – الهامش رقم (١) .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٠/٧/١٤ – فى الطعن رقم (٥١) – لسنة (٣٦) ق – ٥٩٨ . حيث قضى فى هذا الحكم بأنه : " المحكمون المفوضون بالصلح . وجوب التزامهم بالمبادئ الأساسية فى التقاضى . ومنها : إحترام حقوق الدفاع . عدم تحديد جلسة للمرافعة بعد الفصل فى طلب رد أحد المحكمين . إصدار الحكم . لايعد إهدارا للمبادئ الأساسية فى التقاضى " . مشار ا لهذا الحكم لدى : أمينة النمر – قوانين المرافعات – الكتاب الثالث – ١٩٨٢ – بند ٨٦ ، ص ١٥٣ – الهامش رقم (٥٣) .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٦/٢/١٦ – فى الطعن رقم (١٧٧) – لسنة (٤٠) ق – مجموعة المكتب الفنى – س (٢٧) – ص ١٧٧٠ ، نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨١/٢/١٦ – فى الطعن رقم (٢٧٥) – لسنة (٣٦) ق – مجموعة المكتب الفنى – – السنة (٣٢) – ص ١٧٩ مشار لهذين الحكمين لدى : أسامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤٤٢ – فى الهامش

على التحكيم فى الميعاد المحدد قانونا ، أو اتفاقا لذلك :

يتعيـــن على هيئة التحكيم – **سواء فى نظام التحكيم بالقضاء " التحكيم العادى " ، أو فى نظـــام التحكـــيم مع تفويض هيئة التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين** – أن تصدر حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الميعاد المحدد قانونا ، أو اتفاقا لذلـــك ، فـــإذا لم يتضمن الإتفاق على التحكيم تحديدا لأى ميعاد لإصدار حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه يجب على هيئة التحكيم أن تصدر حكم التحكيم فـــيه فـــى خلال الميعاد المحدد قانونا لذلك (١) ، وإذا لم يصدر حكم التحكيم فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق على التحكيم خلال هذا الميعاد ، فإنه يجوز لأى طرف فى خصومة التحكـــيم أن يقيم الدعوى القضائية أمام المحكمة المختصة أصلا بنظره لو لم يوجد اتفاقا

---

(١) فى دراسة أحكام ميعاد إصدار حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر :

JEAN – VINCENT : Procedure civile , Dix – huitieme edition , Dalloz . 1976 , N . 808 et s . P . 39 et s ; Repertoire De Droit commercial , Arbitrage commercial , T . 1 , 1988 , N . 170 et s ; ERIC – LOQUIN : Juris – Classeur , Arbitrage , Procedure civile , Fasc . 1038 , ou commercial , Fasc . 218 , N . 73 et s .

وانظـــر أيضا : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٨١ ، ومايليه ، ص ١٨٩ ، ومابعدها ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – الجزء الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٩٠ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بـــند ٨٣ ، ومايلـــيه ص ١٥٤ ، ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٢٢٦ ، ومابعدها ، عبد الحميد المنشاوى – التحكيم – ١٩٩٥ – ص ٦٨ ، ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١٦٣ ، ومابعدهـــا ، عـــاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٥٥٢ ، ومابعدها .

وفى دراسة ميعاد إصدار حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى قواعد بعض هيئات ، ومراكز التحكيم الدولية ، أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٩٧ ، ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

علـــى التحكـــيم بين الأطراف المحتكمين ، وليس للطرف الآخر فى خصومة التحكيم أن يدفعها بعدم جواز ذلك ، لوجود الإتفاق على التحكيم ، لأن الميعاد المحدد قانونا ، أو اتفاقا بواســطة الأطــراف المحتكمين لإصدار حكم التحكيم ، فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لم يراع من قبل هيئة التحكيم [1] .

وإذا كانــت هيئة التحكيم مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين ، فإنها تلتزم - **كهيئة التحكـــيم فـــى نظـــام التحكـــيم بالقضاء " التحكيم العادى "** - باتباع القواعد ، والمواعيد الخاصة بنظام التحكيم ، والتى يتضمنها قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، أو القوانين الخاصـــة المنظمة للتحكيم - **كالقانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شـــأن التحكـــيم فـــى المواد المدنية والتجارية** - فهذه الأخيرة يجب اتباعها ، ولو نص صراحة فى الإتفاق على التحكيم على إعفاء هيئة التحكيم من إجراءاتها ، ومواعيدها ، إذ أن الإعفـــاء فى هذه الحالة يقع على القواعد ، والمواعيد المتبعة أمام المحاكم ، دون تلك الخاصة بنظام التحكيم [2] .

---

(1) أنظـــر : محمـــد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠٢ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٤٢ ، وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ٧ .

وانظـــر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧١/٢/١٦ - ٢٢ - ١٧٩ . مشارا لهذا الحكم لدى : أحمـــد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - بند ٨١ ص ١٩٠ - الهامش رقم (١) . وقد ورد فى هـــذا الحكم أنه : " حصول الإعفاء من التقيد بقواعد المرافعات ، لايؤدى إلى عدم اتباع الأحكام الخاصـــة بالتحكيم - والواردة فى ذات القانون - والتى من بينها : وجوب إصدار المحكمين لحكمهم فى خلال الميعاد المحدد قانونا ، عند عدم اشتراط أجل للحكم " .

(٢) أنظـــر : وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ٧ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - ص ٩٢٥ .

وانظـــر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧١/٢/١٦ - ٢٢ - ١٧٩ . مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد أبو الوفا - الإشارة المتقدمة ، التعليق على نصوص قانون المرافعات - ط٥ - ص ١٥٤٩ ، السيد خلـــف محمـــد - مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض - ١٩٨٠ - الهيئة المصرية العامة للكتاب - القاعدة رقم (١٣٨١) .

إذا كـــان نظـــام التحكـــيم المختار بواسطة الأطراف المحتكمين هو تحكيما بالقضاء " تحكيما عاديا " ، فإنه يجب عليهم التقيد بالمواعيد المقررة قانونا لـــرفع الدعاوى القضائية أمام المحاكم العادية ، وإلا وجب عندئذ على هيئة التحكيم الحكم بعدم قبول الدعوى القضائية ، لرفعها بعد الميعاد :

إذا كـــان نظام التحكيم المختار بواسطة الأطراف المحتكمين هو تحكيما بالقضاء " **تحكيما** عاديـــا " ، فإنـــه يجب عليهم التقيد بالمواعيد المقررة قانونا لرفع الدعاوى القضائية أمام المحاكم العادية ، وإلا وجب عندئذ على هيئة التحكيم الحكم بعدم قبول الدعوى القضائية ، لـــرفعها بعد الميعاد . **فمثلا** : الدعاوى القضائية التي ترفع على الناقل ، يجب أن تراعى بصـــددها المواعيد المقررة في القانون التجاري ، والبحري ، ولو رفعت أمام هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، او هيئات غير قضائية .

إذا اتفق الأطراف المحتكمون على ميعاد لرفع دعواهم أمام هيئة التحكيم ، فإنه يجب عليها أن تحترم هذا الميعاد من تلقاء نفسها :

إذا اتفـــق الأطـــراف المحتكمون على ميعاد لرفع دعواهم أمام هيئة التحكيم ، فإنه يجب علـــيها أن تحترم هذا الميعاد من تلقاء نفسها . **فمثلا : إذا اتفق الأطراف المحتكمون على** وجوب رفع الدعوى القضائية خلال شهرين من تاريخ تسليم البضاعة ، وجب على هيئة التحكـــيم الإعتداد بهذا الميعاد ، فإذا رفعت الدعوى القضائية بعدئذ ، وجب عليها الإمتناع عـــن الفصـــل فـــيها ، لأن سلطتها في التحكيم - **والمخولة إليها بمقتضى الإتفاق على التحكـــيم** - تكـــون مقيدة بالميعاد المتقدم ، على أن هذا لايمنع الأطراف المحتكمون من الإلـــتجاء إلى القضاء العام في الدولة بعدئذ ، إذا كان ميعاد رفع الدعوى **القضائية لازال** قائما [1] .

وإذا اتفـــق الأطراف المحتكمون على رفع النزاع أمام هيئة التحكيم **في خلال شهرين من** تـــاريخ تســـليم البضـــاعة . ومع ذلك ، رفعت الدعوى القضائية أمام المحكمة المختصة بتحقـــيقها ، والفصـــل فـــي موضوعها - **لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم** - في المواعيد المقـــررة قانونا لرفعها ، وقضت هذه بعدم قبولها - **لسبق الإتفاق على التحكيم** - وكان

(١) أنظـــر : أحمـــد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٩٣ ، ص ٢٢٤ .

الميعاد المقرر لرفع النزاع إلى هيئة التحكيم قد انقضى قبل صدور هذا الحكم ، فإن الحق فى رفع هذه الدعوى القضائية يكون عندئذ قد سقط [1] .

يتعين على هيئة التحكيم – ولو كانت مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين – عدم قبول طلبات جديدة فى الإستئناف – بطبيعة الحال فى الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز الطعن فى حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالإستئناف :

يتعين على هيئة التحكيم – **ولو كانت مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين** – عدم قبول طلبات جديدة فى الإستئناف – **بطبيعة الحال فى الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز الطعن فى حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالإستئناف** .

يجب هيئة التحكيم – ولو كانت مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين – مراعاة مواعيد الطعن فى الأحكام – بطبيعة الحال فى الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز الطعن فى حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

يجب هيئة التحكيم – **ولو كانت مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين** – مراعاة مواعيد الطعن فى الأحكام ، أى لاتقبل مثلا إستئنافا مرفوعا عن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بعد الميعاد المحدد قانونا لذلك – **بطبيعة الحال فى الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز الطعن فى حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالإستئناف** . ذلك أنه إذا كانت مواعيد الطعن فى الأحكام القضائية من النظام العام ، فإنه يجب أن تتقيد بها هيئة التحكيم ، ولو كانت مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين .

فإذا كان التحكيم أمام محكمة الإستئناف – **لاتفاق الأطراف المحتكمون على التحكيم فى مرحلة الإستئناف** – واتفق الأطراف المحتكمون على التحكيم ، مع تفويض هيئة التحكيم بالصلح بينهم فى الإستئناف ، فلا تملك عندئذ هيئة التحكيم إذا مارفع الطعن بالإستئناف ضد حكم التجكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بعد ميعاده إلا أن تحكم

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – الإشارة المتقدمة .

بعـــدم قبوله ، فالقاعدة العامة أن هيئة التحكيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين وإن كانــت لاتتقـــيد بالقوانيـــن الموضـــوعية ، إلا أنها تتقيد حتما بما يتعلق منها بالنظام العام (١) .

هـــناك من الإجراءات ما يكون متعلقا بالنظام العام ، ومع ذلك لاتتمشى مع نظام التحكيم ، ومايقتضيه :

هناك من الإجراءات ما يكون متعلقا بالنظام العام ، ومع ذلك لاتتمشى مع نظام التحكيم ، ومايقتضـــيه - **كإصـــدار الحكم فى جلسة علنية** - فمثل هذه الإجراءات لاتتبع أمام هيئة التحكـــيم ، ســـواء فى نظام التحكيم بالقضاء " **التحكيم العادى** " ، أو فى نظام التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين .

---

(١) أنظر :

ERIC – LOQUIN : Procedure civile , N . 53 et s ; M . J . D . BREDIN : L'amiable composition et le contrat , N . 52 et s .

المطلب الثالث

تعريف القانون لنظام التحكيم

تقسيم :

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : تعريف القانون الوضعى الفرنسى لنظام التحكيم .

والفرع الثانى : تعريف القانون الوضعى المصرى لنظام التحكيم .

وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول

تعريف القانون الوضعى الفرنسى لنظام التحكيم

وضـــع المشـــرع الوضـــعى الفرنســـى تنظـيما للتحكيم الداخلى فى فرنسا فى مجموعة المــرافعات الفرنسية ، فى المواد (١٤٤٢) ، ومابعدها – **والمضافة إلى مواد التحكيم الأخــرى فــى مجموعة المرافعات الفرنسية بمقتضى المرسوم رقم (٨٠ – ٣٥٤) ، والصـــادر فــى (١٤) مايو سنة ١٩٨٠ والذى أضاف كتابا رابعا خاصا بالتحكيم إلى مجموعـــة المــرافعات الفرنسية** – بعد أن ألغى النصوص القانونية الوضعية التى كانت تنظمه فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة)[1] . وبالنسبة للتحكيم الدولى فى فرنسا ، ففى سنة (١٩٨١) – **وبمقتضى المرسوم رقم (٨١) – ٥٠٠ ، والصادر فى مايو عـــام ١٩٨١** – أضـــيف للكتاب الرابع الخاص بالتحكيم الداخلى فى **مجموعة المرافعات** الفرنسية بابين جديدين :

البـــاب الأول : خاصا بالتحكيم الدولى ، وهو الباب الخامس " المواد (١٤٩٢) – (١٤٩٧) .

---

(١) فى إصــلاح المشــرع الوضــعى الفرنسى للنصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، أنظر :

CORNU : Le decret du 14 Mai 1980 relatif a l'arbitrage , presentation de la reforme , Rev . arb , 1980 , P. 58 , note . 7 ; ROGER PERROT : L'application a l'arbitrage des regles du nouveau code de procedure civile , Rev . arb , 1980 , P. 642 et s .

وفى استعراض نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا ، أنظر :

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : op . cit , P . 854 et s .

وانظـــر أيضا : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٣٦٨ ، ومابعدها .

والـــباب الثانى : خاصا بالإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة فى مواد التحكـــيم الدولـــى ، وطرق الطعن فيها ، وهو الباب السادس " المواد (١٤٩٨) - (١٥٠٧) " [١] .

وقد عرفت المادة (١٤٤٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية شرط التحكيم بأنه :

" **إتفاقـــا يتعهد بمقتضاه الأطراف فى عقد من العقود بإخضاع المنازعات التى يمكن أن تنشـــأ بيـــنهم فـــى المســـتقبل للتحكيم** " . بينما عرفت المادة (١٤٤٧) من مجموعة المرافعات الفرنسية مشارطة التحكيم بأنها :

" **إتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص ، أو أكثر** " .

---

[١] أنظر ملحقا لهذه النصوص لدى :

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : op . cit , P . 861 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage , Juridictionnaire , 1983 , Joly , Paris , P. 496 et s .

الفرع الثانى

تعريف القانون الوضعى المصرى لنظام التحكيم

صــدر القــانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [١] ، ويعمل بأحكامه على كل تحكيم يكون قائما وقت نفاذه ، أو يبدأ بعد نفاذه ، ولو استند إلى اتفاق تحكيم سبق إبرامه قبل نفاذ هذا القانون " **المادة الأولى من مواد الإصدار** " [٢] ، وقد ألغى القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شــأن التحكــيم فى المواد المدنية ، والتجارية نصوص التحكيم التى كانت قد وردت فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ التحكيم " **المواد (٥٠١) - (٥١٣)** " ، حيث نص فى المادة الثالثة من مواد الإصدار على أنه :

" **تلغى المواد من (٥٠١) إلى (٥١٣) من القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية ، كما يلغى أى حكم مخالف لأحكام هذا القانون** " .

---

[١] والمنشور فى الجريدة الرسمية – العدد (١٦) " تابع " ، فى ١٩٩٤/٤/٢١ ، وبدأ العمل به إعتبارا من ١٩٩٤/٥/٢٣ " المادة الرابعة من مواد الإصدار " .

[٢] فى اســتعراض نصوص القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ١٠٧ ، ومابعدها ، مختــار أحمــد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – ص ٣١٢ ، ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى – التحكــيم ، والتصــالح فى ضــوء الفقــه ، والقضاء ، والتشريع – ١٩٩٦ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – ص ٦٣ ، ومابعدها .

وفى دراسة تفصيلية لقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها ، عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ١٢ ، ومابعدها .

وراجع ملحقا لنصوص التحكيم فى بعض من التشريعات العربية : أحمد أبو الوفا – التحكيم فى القوانين العربيــة – ط١ – منشــأة المعــارف بالأسكندرية – ص ١٣١ ، ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح – ص ١٧٥ ، ومابعدها .

نطاق تطبيق القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية :

تـنص المـادة الأولى من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" مـع عـدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسـرى أحكـام هـذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القـانون الخـاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكـيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " .

ومفـاد النص المتقدم ، أن القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية يسرى على مايأتى :

(أ) التحكيم الداخلى : وهو يجرى بالضرورة فى مصر .

(ب) التحكـيم الدولى : وفقا لمعيار دولية التحكيم المنصوص عليه فى المادة الثالثة مـن القـانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [1] ، ولو كان هذ التحكيم يجرى فى مصر .

(ج) التحكـيم الدولـى : وفقا للمعيار القانونى ، إذا كان التحكيم يجرى فى خارج مصـر ، بشـرط أن يتفق أطرافه على إخضاعه للقانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

كمـا يسـرى القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المـواد المدنـية ، والـتجارية علـى كل تحكيم اختيارى ، مهما كانت الطبيعة القانونية لأطـرافه . بمعـنى ، أن القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لايسرى فقط على التحكيم الذى يجرى بين أشخاص القانون الخاص - سواء كان الشخص طبيعيا ، أم اعتباريا - بل يسرى على التحكيم بين شخص خاص ، وشخص عام ، أو التحكيم الذى يجرى بين شخصين عامين [1] .

---

(١) فى بيان نطاق سريان القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - سواء من حيث الزمان ، أو من حيث المكان - أنظر : عادل محمد خير - مقدمة فى

طبيعة النزاع الذى يقبل التحكيم فيه وفقا لأحكام القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية :

حددت المادة الأولى من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية طبيعة النزاع الذى يقبل التحكيم فيه وفقا لأحكامه ، فيخضع للتحكيم أى نزاع - **وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها** - إلا أن هذا الحكم يكون مقيدا بما تقضى به المادة الحادية عشر من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، بأنه :

" لايجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الإعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه ، ولايجوز التحكيم فى المسائل التى لايجوز فيها الصلح " .

فالإتفاق على التحكيم وفقا لأحكام القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية يكون جائزا سواء فى العقود المدنية ، أو فى العقود التجارية ، أو فى العقود الإدارية ، ولو كان النزاع ناشئا عن علاقة قانونية غير عقدية ، ذلك أن الإتفاق على التحكيم يمكن أن يكون سابقا على نشأة النزاع بين الأطراف المحتكمين - **سواء كان مستقلا بذاته ، أم ورد فى عقد معين** - كما يجوز أن يقوم الإتفاق على التحكيم بعد نشأة النزاع بين الأطراف المحتكمين ، ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام القضاء العام فى الدولة " **المادة (٢/١٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " .

أجاز القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية الإتفاق على التحكيم فى المسائل التى يجوز فيها الصلح " المادة (١١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧)

قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - ط١ - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٦ ، ومايليه ، ص ٣٦ ، ومابعدها ، عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى فى المواد المدنية ، والتجارية ، والإدارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - ١٩٩٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٤ ، ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١٦ ، ومايليه ، ص ٢٥ ، ومابعدها .

لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " :

أجـــاز القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنـــية ، والـــتجارية الإتفـــاق على التحكيم فى المسائل التى يجوز فيها الصلح " **المادة (١١) مـــن القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المـــواد المدنـــية ، والـــتجارية "** ، ونظم الشروط الخاصة بصحة الإتفاق على التحكيم ، وتطلب لإثباته أن يكون مكتوبا ، وعدد الشروط الازم توافرها فى أعضاء هيئة التحكيم ، كمـــا بيـــن مـــدى التزامهم بالحكم فيه ، طريقة عزلهم ، وأسباب ردهم ، وتضمن تنظيما لإجراءات الخصومة فى التحكيم ، يتبع إذا لم يوجد اتفاقا مخالفا بين الأطراف المحتكمين

يمكـــن للأطراف المحتكمين الإتفاق على إخضاع علاقاتهم القانونية لأحكام عقد نموذجى ، أو اتفاقية دولية ، أو أية وثيقة أخرى " المادة السادسة من القـــانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " :

تـــنص المادة السادسة من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على امكان اتفاق الأطراف المحتكمون على إخضاع علاقاتهم القانونية لأحكام عقد نموذجى ، أو اتفاقية دولية ، أو أية وثيقة أخرى . وعندئذ ، تســـرى أحكـــام التحكيم الواردة فى هذا العقد ، أو تلك الإتفاقية ، أو الوثيقة على التحكيم الذى يجرى بين أطراف هذا الإتفاق . مما يعنى ، عدم تطبيق نصوص القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [١] .

الأســـس الـــتى يقـــوم عليها القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية :

يقوم القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فـــى المواد

---

[١] أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٢٠ ، ص ٣٠ ، ٣١ .

المدنية ، والتجارية على الأسس الآتية [1] :

الأساس الأول - السير فى ركب الإتجاهات الدولية الحديثة بشأن التحكيم التجارى :
بتشجيع الإستثمارات الأجنبية فى مصر .

الأساس الثانى - إحترام إرادة أطراف الإتفاق على التحكيم :
بإفساح الحرية لهم ، لتنظيمه بالكيفية التى تناسبهم ، الإتفاق على كيفية اختيار أعضاء هيئة التحكيم ، وتسميتهم ، اختيار القواعد التى تسرى على إجراءات الخصومة فى التحكيم ، وتعيين مكان التحكيم ، واللغة التى تتم بها عمليات التحكيم .

الأساس الثالث - إستقلال هيئة التحكيم :
بتخويلها الإختصاص بنظر طلبات رد أعضائها ، الفصل فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها ، وحظر الطعن فى حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالطرق المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، للطعن فى أحكام القضاء العام فى الدولة .

الأساس الرابع - التيسير على أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :
فعند عدم موافقة أحد أطراف الإتفاق على التحكيم الخالى من تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم على تعيينهم فى اتفاق لاحق ، أو عدم قيامه بتعيين عضو فى هيئة التحكيم ، أو عدم اتخاذ الإجراء الذى يلزم لهذا التعيين ، أو تحقق مانعا ، أو ظرفا من جانب أعضاء هيئة التحكيم ، أو أحدهم - **كوفاته ، أو عزله ، أو اعتزاله ، أو رده ، أو امتناعه عن العمل ، أو امتناع أعضاء هيئة التحكيم عن اختيار المحكم الثالث ، أو تعيين أعضاء هيئة التحكيم - كلهم أو بعضهم - إذا امتنع واحد منهم ، أو أكثر عن قبول مهمة التحكيم المعهود بها إليه ، أو اعتذر ، أو اعتزل ، أو عزل عن العمل ، أو قام مايمنعه من مباشرة مهمة التحكيم المعهود بها إليه** - فإن القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧)

---

[1] فى بيان الأسس التى يقوم عليها القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ١٩٩٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٨ ، ومابعدها .

لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قد نص فى المادة (١٧) منه – والواردة فى الباب الثالث الخاص بهيئة التحكيم – على أنه :

" ١ – لطرفى التحكيم الإتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم ، فإذا لم يتفقا أتبع مايأتى :

أ – إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين .

ب – فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين ، إختار كل طرف محكما ، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث . فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر ، أو إذا لم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين ، ويكون للمحكم الذى اختاره المحكمان المعينان أو الذى اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم ، وتسرى هذه الأحكام فى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين

٢ – وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التى اتفقا عليها ، أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه ، أو إذا تخلف الغير عن أداء ماعهد به إليه فى هذا الشأن ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ، مالم ينص فى الإتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل .

٣ – وتراعى المحكمة فى المحكم الذى تختاره الشروط التى يتطلبها هذا القانون ، وتلك التى اتفق عليها الطرفان ، وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ، ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين (١٨) ، (١٩) من هذا القانون لايقبل هذا القرار الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن " .

كما تنص المادة (٢١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" إذ انتهت مهمة المحكم بالحكم برده أو عزله أو تنحيه أو بأى سبب آخر ، وجب تعيين بديل له طبقا للإجراءات التى تتبع فى اختيار المحكم الذى انتهت مهمته " .

وتنص المادة (٩) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ١ – يكـــون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصـــرى للمحكمـــة المختصـــة أصلا بنظر النزاع . أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج ، فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر .

٢ – وتظل المحكمة التى ينعقد لها الإختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم " .

ونـــص المادة (١٧) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قد تضمن حالات تدخل القاضى العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم ، **وهذه الحالات هى** [1] :

الحالة الأولى : عدم اتفاق الأطراف المحتكمون على تعيين المحكم المنفرد الذى تتشكل منه وحده هيئة التحكيم .

الحالـــة الثانية : إمتناع أحد الأطراف المحتكمون عن تعيين عضوا فى هيئة التحكيم ، فى خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الأخر فى الإتفاق على التحكيم

الحالـــة الثالـــثة : عـــدم اتفاق عضوى هيئة التحكيم الأصليين – **والمعينين من قبل الأطراف المحتكمين** – على اختيار المحكم الثالث ، والذى يرأس هيئة التحكيم ، فى خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما .

الحالـــة الـــرابعة : إذا خالف أحد الأطراف المحتكمون إجراءات اختيار أعضاء هيئة التحكيم المتفق عليها .

والحالة الخامسة ، والأخيرة : إذا تخلف الغير عن تعيين المحكم الوحيد ، أو المحكم الرئيسى ، فى المدة التى حددها له الأطراف المحتكمون .

---

[1] فى بـــيان حـــالات تدخل القاضى العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم ، وفقا للمادة (١٧) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : عـــلى بـــركات – خصـــومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ١٤٩ ، ومايليه ، ص ١٤٠ ، ومابعدها .

والحـــالات المـــتقدمة – **والتى تجيز للقاضى العام فى الدولة التدخل لتعيين أعضاء هيئة التحكـــيم – كلهم ، أو بعضهم** – لم ترد فى المادة (١٧) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على سبيل الحصر ، وإنما هى مجرد أمثلة للصعوبات التى يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم [١] . ومن ثـــم ، فإنه يمكن للقاضى العام فى الدولة أن يتدخل لتعيين أعضاء هيئة التحكيم إذا حدثت أية صعوبات تعترض تشكيلها ، سواء كان ذلك راجعا لأحد الأطراف المحتكمين ، أم كان راجعـــا لأيـــة ظـــروف أخرى ، حتى ولو لم يرد ذكرها فى المادة (١٧) من القانون الوضـــعى المصـــرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فـــى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية [٢] .

والأســـاس الخـــامس ، والأخـــير : السرعة فى إنهاء إجراءات خصومة التحكيم ، لإصدار حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

بجانب القواعد القانونية العامة الواردة فى القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فـــى شـــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – والمـــنظمة للتحكـــيم ، وقواعـــد الإتفاق عليه – فإنه توجد قواعد قانونية خاصة تنظم بعض التحكيمات الخاصة فى مصر :

بجانـــب القواعد القانونية العامة الواردة فى القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـــى شـــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – **والمنظمة للتحكيم ، وقواعد الإتفاق عليه** – فإنه توجد قواعد قانونية خاصة تنظم بعض التحكيمات الخاصة فى مصر ، فقد نصت المادة (٩٣) من قانون العمل المصرى رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١على نظام التحكـــيم فـــى مـــنازعات العمل ، وهو تحكيما خاصا يخرج عن نطاق القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية .
كمـــا تضمن القانون الوضعى المصرى رقم (٦٦) لسنة ١٩٦٣ بشأن الجمارك تنظيما خاصا للتحكيم الجمركى ، وهو يخرج عن نطاق القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية .

---

[١] أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ١٥٠ ، ص ١٤٢ .

[٢] أنظر : على بركات – الإشارة المتقدمة .

كمـــا تضمن قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم (١١) لسنة ١٩٩١ نظاما خاصا للتحكــيم بيـــن المموليـــن ، ومصلحة الضرائب على المبيعات ، ولايسرى عليه القانون الوضـــعى المصـــرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والـــتجارية ، إذ أن التحكيم المنصوص عليه فى قانون الضريبة العامة على المبيعات يعد تحكيما ذو طبيعة خاصة ، وله نظاما قانونيا خاصا .

كمـــا يخـــرج التحكــيم الخاص ببورصة البضاعة الحاضرة عن نطاق القانون الوضعى المصـــرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، فقد تضـــمن القـــانون الوضـــعى المصرى رقم (١٤١) لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون إنشاء بورصــــة البضــــاعة الحاضــــرة للأقطان النص على أن تنتخب لجنة البورصة بالإقتراع الســـرى فـــى أول اجتماع لها بعد انتخاب الرئيس خمسة من أعضاء البورصة ، وتشكل مـــنهم لجـــنة تحكيم القطن . وتنتخب اللجنة كذلك عددا مماثلا - **كأعضاء إحتياطيين** - يحلون - **عند الإقتضاء** - محل الأعضاء الأصليين المتغيبين ، أو الذين لهم مصلحة فى الـــنزاع القائم . وتختص لجنة التحكيم - **باعتبارها مفوضة بالصلح** - بالفصل فى جميع المـــنازعات التى تقع بين أعضاء البورصة - **شراء ، أو بيعا ، أو تسليما للقطن** - وفقا للقواعد المنصوص عليها فى هذا القانون ، ولائحته التنفيذية (١) .

كمـــا أن جمهوريـــة مصـــر العربية كانت قد وافقت على الإنضمام إلى الإتفاقية الخاصة بأحكـــام التحكيم الأجنبية ، وتنفيذها ، والتى أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم الـــتجارى الدولـــى - **والمنعقد فى نيويورك فى الفترة من (٢٠) مايو إلى (١٠) يونـــية ســـنة ١٩٥٨** - وقد وافقت مصر على الإنضمام لهذه الإتفاقية بقرار من السيد / رئـــيس الجمهوريـــة العربية المتحدة رقم (١٧١) لسنة ١٩٥٩ ، بتاريخ ١٩٥٩/٢/٢ ، وأودعـــت وثـــيقة إنضـــمامها لدى سكرتارية الأمم المتحدة فى ١٩٥٩ /٣/١٦ بدون أى تحفظ (٢) .

---

(١) فى بـــيان ذلـــك بالتفصـــيل ، واستعراض العديد من القواعد القانونية الخاصة التى تنظم بعضا من التحكيمات الخاصة فى مصر ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ١٥ ، ومابعدهـــا ، عـــبد الحمـــيد الشواربى - التحكيم ، والتصـــالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ٢٧ ، ومابعدها ، ص ٢٨٥ ، ومابعدها .

(٢) الجريدة الرسمية - فى ١٩٥٩/٢/١٤ - العدد رقم (٢٧) .

وقـد كانت المادة (١/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ [١] – والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – تنص على أنه :

" ويجـوز الإتفاق على التحكيم فى نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة ، كما يجوز الإتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ من تنفيذ عقد معين " ، وجاء قانون التحكيم المصـرى رقـم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – والذى ألغى نصـــوص التحكيم التى كانت واردة فى قانون المرافعات المصرى ، فى المواد من (٥٠١) – (٥١٣) – وعرف نظام التحكيم فى المادة العاشرة منه بأنه :

" ١- إتفـاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المـنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة ، عقدية كانت أو غير عقدية .

٢- يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد فـى عقـد معيـن بشأن كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين . وفى هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليه فى الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من هذا القانون .

كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية ، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلا .

٣ – ويعتـبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار الشرط جزءا من العقد " .

---

[١] القـانون الوضعى المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – الباب الثالث من الكتاب الثالث " التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " فى المواد (٥٠١) – (٥١٣) ، والمنشور فى الجريدة الرسمية – العدد (١٩) – الصادر فى (٩) مايو سنة ١٩٦٨ .

المطلب الرابع

دور المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة فى تحديد طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم

يجـب أن يكـون المحك الرئيسى فى التعرف على نظام التحكيم هو بتغليب المعايـير الموضـوعية ، أو المادية Critiers matriels لتمييز العمل القضـائى ، أى بتغليب المهمة التى يعهد بها إلى هيئة التحكيم ، والغرض مـن هـذا الـنظام ، وليس مجرد الوقوف عند معايير شكلية Critiers formels ، أو عضوية Organique ، منبتها الحقيقى ، إدعاء احتكار الدولـة الحديثة لإقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات ، عن طريق أعوان لها ، يسمون بالقضاة Juges :

بالنظر إلى نظام التحكيم - كوسيلة للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات " المحتملة وغـير المحددة ، أو القائمة بالفعل بين الأطراف المحتكمين ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكـيم " ، والـتى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، بموجـبه تحـل هيـئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، محل القضاء العام فى الدولة ، فى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإننا نرى أنـه يجـب أن يكون المحك الرئيسى فى التعرف على نظام التحكيم هو بتغليب المعايير الموضـوعية ، أو الماديـة **Critiers matriels** لتمييز العمل القضائى ، أى بتغليب المهمة التى يعهد بها إلى هيئة التحكيم ، والغرض من هذا النظام ، وليس مجرد الوقوف عند معايير شكلية **Critiers formels** ، أو عضوية **Organique** ، منبتها الحقيقى ، إدعاء احتكار الدولة الحديثة لإقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات ، عن طريق أعوان لها ، يسمون بالقضاة **Juges** . ذلك أن الإعتماد بشكل رئيسى على المعيار الشكلى ، أو العضوى لتمييز العمل القضائى ، لن يفلح فى بيان حقيقة نظام التحكيم ، وطبيعته القانونية ، لما يؤدى إليه ذلك من تجاهل طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم ، والدور الذى يلعـبه فى حماية الحقوق ، والمراكز القانونية التى يفصل فيها . فضلا عن أن كثيرا من

الأعمال القضائية ماتصدر فى غير إجراءات الدعوى القضائية [1] . وبعضا من الأنظمة القانونـية الوضـعية قد اعترفت لبعض موظفيها العاديين بممارسة الوظيفة القضائية فى بعـض المنازعات - **مثل لجان تقدير الضرائب فى القانون الوضعى المصرى ، واللجان الإداريـة ذات الإختصـاص القضـائى ، واللجـان العديدة فى النظام القانونى الوضعى السـعودى ، والـتى تمـارس القضاء فى الغالب الأعظم من المنازعات خارج القضاء السـعودى " كهيئات حسم المنازعات التجارية ، لجان الأوراق التجارية ، لجان الغش التجارى ، لجان التموين القضائية ، وغيرها "** [2] .

فكرة المنازعة Litige ، وكيفية الفصل فيها هى التى يجب أن تحدد طبيعة العمل الذى تقوم به هيئة التحكيم [3] :

فكـرة المنازعة **Litige** ، وكيفية الفصل فيها هى التى يجب أن تحدد طبيعة العمل الذى تقـوم بـه هيئة التحكيم [4] ، باعتبارها قاضيا خاصا يختاره الأطراف المحتكمون ، لتقول الحق ، أو حكم القانون بينهم ، بحيث تكون هيئة التحكيم بذلك قضاة الأطراف فى النزاع موضـوع الإتفـاق علـى التحكيم ، لأنها تقول القانون ، وتفصل فى حقوق ، والتزامات الأطـراف المحتكمين ، وتصدر أحكامها فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم ضد أى واحد من الأطراف المحتكمين ، أو ضدهم جميعا [5] . **فهيئة التحكيم وإن كانت تتشكل من**

---

(1) أنظـر : وجدى راغب فهمى - النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - الرسالة المشار إليها - ص ٣١ ، ومابعدها ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - الجـزء الأول - إتفـاق التحكيم - ١٩٩١ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ١/٧٧ ، ص ٢١٩ ، ومابعدها .

(2) أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجدارية - بند ١/٧٧ ، ص ٢١٩ .

(3) فى بيان دور فكرة النزاع فى تكييف نظام التحكيم ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٦ ، ومابعدها .

(4) - فكل حالة لايوجد فيها نزاعا بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة الحديثة ، لايوجد ثمة تحكيم ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٨ .

أفــراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، إلا أنها تملك سلطة القضاء التى يملكها القضاة المعيــنون من قبل الدولة الحديثة ، بخصوص النزاع المعروض على التحكيم للفصل فيه – **دون المحكمـــة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** . ذلك أن إقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة الحديثة ليس احتكارا على الدولة الحديثة وحدها . فإذا كان صحيحا أن إقامة العدل بين الأفراد ، والجماعات – **باعتباره وسيلة ضرورية لهيمنة الســلام بينهم** – هو وظيفة حيوية من وظائف الدولة الحديثة ، إلا أن هذا العمل لايعتبر علــى وجه الإطلاق إحتكارا لها ، إذ يستطيع الأفراد ، والجماعات داخل الدولة – **وعن طــريق اتفاق بينهم** – أن يختاروا هيئة تحكيم مشكلة من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيما نشب بينهم من منازعات " **محتملة ، وغير محددة ، أو قائمة بينهم لحظـــة إبــرام الإتفاق على التحكيم** " . ومن هنا ، ينبغى عدم الخلط بين القاعدة القانونية الملزمة ، وكيفية تنفيذها .

ومــن بين عناصر التحكيم التى تميزه عن غيره من النظم القانونية الأخرى – **كالوكالة** ، الصلح ، الخبرة ، **والتوفيق مثلا** – هو وجود نزاعا قائما ومحددا " **مشارطة التحكيم** " ، أو محــتملا ، وغير محدد " **شرط التحكيم** " بين الأطراف المحتكمين لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، وتخويل الغير " **هيئة التحكيم** " سلطة الفصل فيه ، بمقتضى حكم تحكيم ، يكون ملزما لهم ، وتخلف ذلك يؤدى إلى انتفاء نظام التحكيم ، وقد يؤدى إلى وجود نظام آخر يختلف عن نظام التحكيم (٣) .

---

(٥) أنظر :

P . L . LEGE : L'execution des sentences arbitrales en France , These . Univerisite de Rennes , 1963 , P . 20 et s ; FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international , Dalloz , 1965 , Paris , P . 5 et s .

وراجــع الفقه الإيطالى المشار إليه لدى : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٧٨ ، ص ٢٢٥ – الهامش رقم (٢) .

(٦) أنظر مع هذا : محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٣٨ ، ٣٩ . حيــث يــرى سيادته أن معيار النزاع لايكفى وحده لتمييز نظام التحكيم عما عداه من أفكار أخرى متقاربة ، وأنه يجب تعضيده بمعايير أخرى .

فعقــد التحكيم ، أو مشارطته ، إنما يتعلق بوجود منازعة قائمة ، محددة ، وناشئة بالفعل بين أطرافه ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، بصدد علاقة قانونية محددة ، سواء كانت العلاقــة ناشــئة عــن تعاقد مبرم بين الأطراف المحتكمين ، أو تصرفا حدث ، أو واقعة تحققــت ، وتؤثــر علــى حقوقهم ، ومراكزهم ، وبشرط أن يكون موضوع النزاع القائم بــالفعل بينهم داخلا فى نطاق المسائل التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم .
ومــن ثم ، فإنه لايصح إبرام عقد التحكيم ، أو مشارطته بالنسبة لنزاع إنتهى بالفعل بين أطرافه ، إما بحكم قضائى صادر من القضاء العام فى الدولة ، يكون حاسما له ، أو حتى بحكــم تحكــيم صــادرا من هيئة تحكيم ، ويكون نهائيا ، كما لايصح بالنسبة لنزاع فى المستقبل ، لم ينشأ بالفعل بين الأطراف المحتكمين لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم [1] .
ويــتحقق وجــود المنازعة بالنسبة لشرط التحكيم بوجود العقد المتضمن له ، إذ أنه وفى شرط التحكيم لايشترط أن تكون هناك منازعة قائمة بالفعل بين الأطراف المحتكمين لحظة إبــرام الإتفــاق علــى التحكيم ، فهو – أى شرط التحكيم – بحسب طبيعته ، يتم بالنسبة لمــنازعة مستقبلية ، ومحتملة ، وغير محددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، والتى قد تنشأ عن تفسير العقد موضوع التحكيم ، أو تنفيذه [2] .

---

(١) أنظــر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١٥ ، ص ١٣٦ .

(٢) فى بيان كيفية تحديد النزاع فى شرط للتحكيم ، وتطبيقات القضاء فى هذا الشأن ، أنظر : أحمد شرف الدين – مضمون بنود شرط التحكيم – المقالة المشار إليها – ص ٢٦ ، ومابعدها .

الفصل الرابع

نظام التحكيم قد يكون إختياريا L'arbitrage volontaire
وقــــد يكــــون إجباريــــا L'arbitrage Force [1]

---

[1] - فى دراسة أحكام نظام التحكيم الإجبارى ، أنظر :

EMILE – TYAN : Le Droit de l'arbitrage , P . 235 et s ; JEAN ROBERT : Arbitrage civile et commercial en droit interne , T . 1 , troisieme edition . 1961 , Edition Sirey , P . 15 et s ; Repertoire De Droit civile , Deuxieme edition . 1987 , T . 111 , N . 51 et s .

وانظــر أيضــا : شمــس مرغنى على – التحكيم فى منازعات المشروع العام – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكــتوراه فى القــانون – لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – عالم الكتب بالقاهرة – ١٩٧٣ – ص ٤٩٥ ، ومابعدهــا ، محمــدى منصور – نظام التحكيم فى القطاع العام – مقالة منشورة فى مجلة المحاماة المصــرية – يـناير سنة ١٩٧١ – ص ١٧١ ، ومابعدها ، محمد عبد الخالق عمر – نظام التحكيم فى مــنازعات القطاع العام – مقالة منشورة فى مجلة القانون ، والإقتصاد – تصدرها كلية الحقوق – جامعة القاهــرة – سنة ١٩٦٢ – العدد الثانى – ص ٧١ ، ومابعدها ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٣٤ ، ومايليه ص ٣٣١ ، ومابعدها ، حســنى المصــرى – نظــرية المشروع العام – ١٩٧٩ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٢٧١ ، ومابعدهــا ، أميــنة مصــطفى النمر – قوانين المرافعات – الكتاب الثالث – ١٩٨٢ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٨٦ ، ٨٧ ، ص ١٥٦ ، ومابعدها ، فتحى والى – التنفيذ الجبرى – ١٩٨٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٥٠ ، ومايليه ص ٩٩ ، ومابعدها ، محمد محمد يحيى – التحكيم الإجبارى فى القــانون المصرى – محاضرة فى مؤتمر التحكيم ، والذى نظمه مجمع تحكيم الشرق الأوسط ، والبحر المتوسط فى القاهرة – فى الفترة من ٧ – ١٢ يناير سنة ١٩٨٩ – عن المشكلات الأساسية فى التحكيم الدولى من منظور التطوير ، محمود محمد هاشم – قواعد التنفيذ ، وإجراءاته فى قانون المرافعات – ط٢ – ١٩٩١ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ١٠٨ ، ص ٢١٢ ، ٢١٣ ، محمد نور عبد الهادى شحاته – النشــأة الإتفاقــية لسلطات المحكمين – ص ٦١ ، ومابعدها ، أحمد محمد مليجى موسى – التنفيذ – ١٩٩٤ – دار النهضــة العربية بالقاهرة – بند ١٧٥ ، محمد محمود إبراهيم – أصول التنفيذ الجبرى – ١٩٩٤ – دار الفكــر العــربى بالقاهرة – ص ٩٠ ، ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم – ١٩٩٥ – ص ٢٣ ، ومابعدها ، ص ٣٧٩ ، ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشــار إلــيها – بند ٦٩ ، ومايليه ص ٢٥٥ ، ومابعدها ، وجدى راغب فهمى – التنفيذ القضائى – ١٩٩٥ – ص ١٣٠ ، ١٣١ ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشــريع – ١٩٩٦ – دار المطــبوعات الجامعية بالأسكندرية – ص ٣٧٩ ، ومابعدها ، أحمد ماهر

نظـــام التحكـــيم قـــد يكـــون إختياريا **L'arbitrage volontaire** ، وقد يكون إجباريا **L'arbitrage Force** ، ويختلف هذان النوعان من نظام التحكيم من حيث مبدأ الإلتجاء إلـــيه ، فـــيكون نظام التحكيم إختياريا ، إذا كان الإلتجاء إليه بإرادة الأطراف ذوى الشأن ويســـتند إلى اتفاق خاص ، ويستمد وجوده من هذا الإتفاق ، والذى يخضع للقواعد العامة فـــى النظرية العامة للعقد بصفة عامة ، فضلا عن القواعد الخاصة المنصوص عليها فى قوانين المرافعات المدنية ، والتجارية ، أو المنصوص عليها فى القوانين الخاصة المنظمة للتحكـــيم – **كالقـــانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية .**

فـــنظام التحكـــيم يكـــون إختياريا ، إذا لم يكن الإلتجاء إليه أمرا مفروضا على الأطراف المحتكمين – أى إذا كان الإلتجاء إليه يتم بمحض إرادة أطراف المنازعة المراد الفصل فـــيها عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، وهذا هو الأصل فى نظام التحكيم [١] .

فبالـــنظر إلى الصفة الإستثنائية لنظام التحكيم ، فإن الأنظمة القانونية الوضعية قد تركت للأفراد ، والجماعات داخل الدولة حرية الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم التى يجوز فيها الصلح . ومن ثم ، فإن نظام التحكيم لايوجد للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات ، والتى تدخل فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة – **كأصل**

زغلول – أصول التنفيذ الجبرى – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٣٥ ، ومايليه ص ٢٥٥ ، ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٤ ، ومابعدها .

(١) أنظـــر : محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – ص ٩٩ ، ومابعدها ، أميرة صدقى – الـــنظام القانونى للمشروع العام ، ودرجة أصالته – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلـــية الحقـــوق – جامعـــة القاهرة – ١٩٧١ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٧٦ ، ومابعدها ، إبراهيم على حسن – التحكيم فى منازعات شركات القطاع العام – ورقة عمل مقدمة ضـــمن أعمـــال مؤتمـــر العريش – فى سبتمبر سنة ١٩٨٧ – حول التحكيم فى القانون الداخلى ، والقـــانون الدولى – ص ٢٣٧ ، ومابعدها ، سعد الليثى ناصف – هيئات التحكيم المشكلة للفصل فى منازعات الحكومة ، والقطاع العام – مقالة منشورة فى مجلة المحاماه المصرية – السنة السادسة ، والخمسون – العددان الخامس ، والسادس – ص ص ١٥١ – ١٧٦ .

عــام – إلا بموجــب اتفــاق ، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة [1] ، **وهذا النوع من أنواع التحكيم " التحكيم الإختيارى " يرتكز على دعامتين أساسيتين ، وهما :**

الدعامة الأولى :

الإرادة الذاتية للأطراف المحتكمين[2] .

والدعامة الثانية :

إقرار الأنظمة القانونية الوضعية لهذه الإرادة [3] .

فــالإرادة الذاتــية للأطراف المحتكمين تعتبر أحد الأركان التى يقوم عليها نظام التحكيم الإختــيارى ، حيــث أن لها دورا أساسيا فى إيجاد مثل هذا النظام القانونى الإستثنائى ، للفصل منازعات الأفراد ، والجماعات ، مشاركا فى ذلك القضاء العام فى الدولة ، ولكن تظل هذه المشاركة بقدر ، وتحت إشرافه [4] .

وإذا كــان مــاتقدم هو الأصل ، فإن هذا لايمنع الأنظمة القانونية من أن تجعل من نظام التحكيم فى بعض منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة أمرا واجبا ، لايملكون معه رفعهــا أمام القضاء العام فى الدولة ، والذى لاتكون له فى هذه المنازعات سلطة الفصل فــيها إبــتداء ، وإنمــا يتعين على الأفراد ، والجماعات – **أطراف هذه المنازعات** – إن

---

(1) فى استعراض التطبيقات القضائية بشأن نظام التحكيم الإختيارى ، أنظر : عبد الحميد الشواربى – التحكيم – ١٩٩٥ – ص ٨٤ ، ومابعدها .

(2) فى بــيان أثر افتقار نظام التحكيم للعنصر الإرادى ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٦٣ ، ومابعدها .

(٣) أنظــر : أحمــد أبــو الوفا – التحكيم بالقضاء ، وبالصلح – ط١ – ١٩٩٤ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١١ ، ومابعدها .

(٤) أنظر : أحمد مسلم – أصول المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٦١ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ٣٢ .

أرادوا الفصل فيها ، الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، وهذا النوع من نظام التحكيم هو مايعرف بالتحكيم الإجبارى (١) .

تعتبر البلاد الإشتراكية هى أول من أخذ بنظام التحكيم الإجبارى :

تعتبر البلاد الإشتراكية هى أول من أخذ بنظام التحكيم الإجبارى - **كطريق قضائى للفصل فى المنازعات بين المشروعات العامة** - وسلك طريقه من خلال بعض دول الديمقراطيات الشعبية ، ثم انتشر بعد ذلك فى دول أخرى (٢) .

---

(١) أثار نظام التحكيم الإجبارى جدلا فى الفقه ، وأحكام القضاء حول طبيعته ، لدرجة أن هناك من ذهب إلى أن نظام التحكيم الإجبارى لايعد تحكيما بالمعنى الفنى الدقيق ، حيث تنعدم الإرادة الذاتية للأطراف المحتكمين فيه ، أنظر :

MOTULSKY : Ecrits . T . 1 , Etudes et Notes de procedures civile , preface de G . CORNU et J . FOYER , Dalloz , P . 311 , Ecrits . T . 11 , p . 18 et s , P . 122 ; FOUCHARD : La nature juridique de l'arbitrage du tribunal des differends irangamesicans , Cahiers du C E D. IN . 1 er journie dactualite international , 19 Avril . 1984 , Avant propos de B . STERNE , p . 32 ;

وانظر أيضا :

Paris . 5 Dec . 1970 , Rev . Arb . 1972 , P . 77 ; Paris . 5 Avr . 1973 , Rev . Arb . 1974 , P . 17

وانظر أيضا : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٤ ، ١٥ ، ٦٤ ، ومابعدها .

وفى بيان الخلاف فى الفقه ، وأحكام القضاء حول طبيعة نظام التحكيم الإجبارى ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٦٤ ، ومابعدها .

(٢) أنظر : شمس مرغنى على - التحكيم فى منازعات المشروع العام - ص ٥ ، ومابعدها . فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - ط١ - ١٩٨٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٣ ، ص ٤٢ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ١٨٠ .

يجـب عـدم الخلـط بين نظام التحكيم الإجبارى ، ونظام القضاء العام فى الدولة ، عندما يصدر العمل من هيئات قضائية إستثنائية :

يجـب عـدم الخلط بين نظام التحكيم الإجبارى ، ونظام القضاء العام فى الدولة ، عندما يصدر العمل من هيئات قضائية إستثنائية ، إذ أن القضاء الإستثنائى يعد من القضاء العام فى الدولة . ولذلك ، فإن القرار الصادر منه يكون له القوة لتنفيذية – **شأنه فى ذلك شأن القرار الصادر من القضاء العام فى الدولة** . أما فى نظام التحكيم الإجبارى ، فإن القرار الصادر من هيئة التحكيم – **والتى يلتزم الأطراف ذوو الشأن بالإلتجاء إليها ، للفصل فى منازعاتهم** – لايحـوز القـوة التنفيذية ، إلا بعد شموله بأمر التنفيذ ، والذى يصدر من القضـاء العـام فى الدولة ، إذ هو قرارا تحكيميا (1) . فضلا عن أن الهيئة التى تنظر النزاع فـى القضـاء الإسـتثنائى تتكون من أشخاص دائمين . بينما فى نظام التحكيم الإجبارى ، فإن هيئة التحكيم تشكل بالنظر إلى كل نزاع على حدة .

كمـا أن أعضـاء القضاء العام فى الدولة لايختارون بواسطة أطراف النزاع المعروض علـيهم ، للفصـل فـيه . بيـنما يختار الأطراف ذوو الشأن بعض أعضاء هيئة التحكيم الإجبارى (2) .

---

(1) أنظـر : محمود سمير الشرقاوى – التحكيم الإجبارى فى مصر – ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم التجارى الدولى ، والمنعقدة بالقاهرة فى الفترة من ٢٨ – ٣١ مارس سنة ١٩٨٨ – ص ١٧ ، ومابعدها ، إبراهيم على حسن – التحكيم فى منازعات شركات القطاع العام مابين الواقع التشريعى ، والتطور – ورقـة عمـل مقدمة لمؤتمر التحكيم بالعريش ، والمنعقدة فى الفترة من (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٨٧ – ص ص ٢٣٧ – ٢٥٤ .

(2) أنظـر : محمد حلمى عبد المنعم – التحكيم الإجبارى – ط١ – ١٩٧٠ – ص ١٦ ، ومابعدها ، عبد الجليل بدوى – التحكيم الإجبارى لمنازعات القطاع العام – مقالة منشورة فى مجلة هيئة قضايا الدولة – السـنة رقـم (٣٣) – ص ص ١٥٠ – ١٦٥ ، عادل فخرى – التحكيم بين العقد ، والإختصاص القضائى – مقالة منشورة فى مجلة المحاماة المصرية – السنة رقم (٥١) – سنة ١٩٧١ – ص ص ٥٠ – ٥٧ ، حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – بند ٢٩ ، ٣٠ ، ص ١٨٩ ، ومابعدها

تطبيقات نظام التحكيم الإجبارى فى فرنسا :

صـــدرت العديـــد من القوانين الوضعية فى فرنسا ، والتى كانت قد نظمت تحكيما إجباريا ، للفصل فى بعض المنازعات :

صدرت العديد من القوانين الوضعية فى فرنسا ، والتى كانت قد نظمت تحكيما إجباريا ، للفصل فى بعض المنازعات ، بحيث أن الدولة الفرنسية كانت قد جعلت من التحكيم فيها أمـــرا واجـــبا ، لايملـــك معه الأطراف ذوو الشأن رفعها إلى القضاء العام فى الدولة ، ولاتكـــون عـــندئذ للقضـــاء العام فى الدولة سلطة الفصل فيها إبتداء ، وإنما يتعين على الأطـــراف ذوى الشأن إن أرادوا الفصل فيها الإلتجاء إلى نظام التحكيم الإجبارى المقرر بنصـــوص قانونية وضعية خاصة ، تحدد كيفية تشكيل هيئات التحكيم الإجبارى ، وكيفية تقديـــم طلبات التحكيم إليها ، والإجراءات المتبعة أمامها ، للفصل فيها ، ومدى ماتتمتع به قـــراراتها التحكيمية من حجية ، وقوة تنفيذية وطبيعتها القانونية ، وطرق الطعن فيها ، وما إلى ذلك من الأحكام القانونية المنظمة لمثل هذا النوع من التحكيم الإجبارى .

مـــن تطبيقات نظام التحكيم الإجبارى فى فرنسا ، ماكان منصوصا عليه من تحكيم إجبارى ، بالنسبة لبعض المنازعات ، فى المواد (٥١) ، ومابعدها من المجموعة التجارية الفرنسية :

من تطبيقات نظام التحكيم الإجبارى فى فرنسا ، ماكان منصوصا عليه من تحكيم إجبارى ، بالنســـبة لـــبعض المـــنازعات ، فى المواد (٥١) ، ومابعدها من المجموعة التجارية الفرنســـية ، وهـــى المنازعات التى تقع بين الشركاء بسبب شركة تجارية ، وكان يقصد بالشـــركة التجارية فى هذا الصدد : ليس فقط الشركة التجارية بسبب موضوعها **Selon son objet** - والـــتى كـــان يعبر عنها قديما فى فرنسا بشركة التجارة **Societe de commerce** - وإنمـــا يقصـــد بها أيضا الشركة التجارية بحسب شكلها **Selon sa forme**، وكان يخضع لهذا التحكيم الإجبارى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الشركاء ، أو المســـاهمين فى الشركات التجارية ، ولايخضع له الشركاء ، أو المساهمون الأوائل الذيـــن وقعـــوا على عقد الشركة ، أو صادقوا على نظامها فحسب ، بل يخضع له أيضا الشـــركاء ، أو المســـاهمون الذيـــن انضموا إلى الشركة أثناء حياتها ، عن طريق شراء الحصص ، والأسهم ، أو الإكتتاب فى زيادة رأس مال الشركة .

وكان يقصد بالمنازعات بين الشركاء ، أو المساهمين - والمنصوص عليها فى المواد (٥١) ، ومابعدها من المجموعة التجارية الفرنسية : جميع المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقد الشركة - سواء تعلقت بالعقد ذاته ، أم بتنفيذه ، أم بنزاع يقتضى مباشرة دعوى الشركة قبل الشركاء ، أو دعوى الشركاء ضد الشركة ، أو بطلان جمعيتها العامة ، أو المتعلقة بمسئولية المديرين ، وأعضاء مجلس الإدارة ، أو بمطالبة الشركاء ، أو المساهمين بأداء الحصص التى تعهدوا بتقديمها للشركة ، أو برد ماحصلوا عليه من أرباح صورية [1] .

ألغيت المواد (٥١) ، ومابعدها من المجموعة التجارية الفرنسية بواسطة قانون (١٧) يوليو سنة ١٨٥٦ . وبالرغم من ذلك ، فقد صدر قانونا وضعيا فرنسيا فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، عقب انضمام فرنسا إلى بروتوكول جينيف لعام ١٩٢٣ ، مقررا للمرة الأولى صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية ، من خلال إضافة الفقرة الأخيرة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية :

ألغيت المواد (٥١) ، ومابعدها من المجموعة التجارية الفرنسية بواسطة قانون (١٧) يوليو سنة ١٨٥٦ . وبالرغم من ذلك ، فقد صدر قانونا وضعيا فرنسيا فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، عقب انضمام فرنسا إلى بروتوكول جينيف لعام ١٩٢٣ ، مقررا للمرة الأولى صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية ، من خلال إضافة الفقرة الأخيرة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية ، والتى نصت على أنه :

" يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ بينهم من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق " ، وهذه المنازعات هى :

١ - المنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار .

---

[1] أنظر :

HAMONIC (G .) : L'arbitrage en droit commercial , L . G . D . J , Paris , 1950 , N . 17 et s ; HAMEL et LAGARD : Traite elementaire de droit commercial , Dalloz , Paris , 1954 , P P . 522 et ss .

٢ – المنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية .

٣ – المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين الأفراد .

والمنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية كانت هى نفسها المنازعات المنصوص عليها فى المواد (٥١) ، ومابعدها من المجموعة التجارية الفرنسية ، والتى كانت تقرر تحكيما إجباريا ، قبل إلغائها بواسطة القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى السابع عشر من شهر يوليو سنة ١٨٥٦ ، وجاء القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى الحادى ، والثلاثين من شهر ديسمبر سنة ١٩٢٥ مقررا إمكانية إدراج شروط التحكيم فى النظم الأساسية للشركات التجارية فى فرنسا ، على أساس نظام التحكيم الإختيارى ، وليس على أساس نظام التحكيم الإجبارى .

كانت قد صدرت العديد من القوانين الوضعية فى فرنسا – وفى فترات محددة – والتى كانت قد نظمت تحكيما إجباريا فى العديد من المنازعات ، وظلت سارية خلال فترات محددة فى فرنسا ، ثم ألغيت بعد ذلك بنصوص قانونية وضعية صريحة :

كانت قد صدرت العديد من القوانين الوضعية فى فرنسا – **وفى فترات محددة** – والتى كانت قد نظمت تحكيما إجباريا فى العديد من المنازعات ، وظلت سارية خلال فترات محددة فى فرنسا ، ثم ألغيت بعد ذلك بنصوص قانونية وضعية صريحة [١] ، فقد تقرر الأخذ بنظام التحكيم الإجبارى فى فرنسا فى منازعات العمل الجماعية ، فى فترات محدودة ، وفى ظل ظروف إستثنائية ، ثم أعيد بعد ذلك الأخذ بنظام التحكيم الإختيارى فيها . فبعد المبادرات الذاتية لأصحاب الأعمال ، والعمال – **والتى كانت تهدف إلى إقامة نظم خاصة للتوفيق ، والتحكيم فيما بينهم** – تدخل المشرع الوضعى الفرنسى فى عام ١٨٩٢ ، ليضع حدا للصعوبات التى تثيرها علاقات العمل فى مظهرها الجماعى ، حيث صدر أول قانون للتوفيق ، والتحكيم فى فرنسا ، والذى تضمن نظاما للتوفيق ، وآخر للتحكيم ، كلاهما كان نظاما إختياريا بحتا ، فقد جعل مبادرات التوفيق من اختصاص قاضى الصلح ، فإذا لم تتم تسوية النزاع بالتوفيق ، دعى الأطراف لتعيين محكمين

---

(١) فى استعراض النصوص القانونية الوضعية المتفرقة فى القانون الفرنسى ، والتى كانت تقرر تحكيما إجباريا فى فرنسا ، فى فترات زمنية محدودة ، أنظر :

JACQUELINE – RUBELINE – DEVICHI : Juris – Classeur , procedure civile , 1986 , Fasc . 1005 , N . 19 et s .

يختارونهم بأنفسهم . وكان التحكيم إختياريا بمعنى مزدوجا : فمن ناحية ، فإن النزاع كان لايعـرض على التحكيم إلا بموافقة الطرفين . ومن ناحية أخرى ، فإن تنفيذ قرار التحكيم كـان يتوقف على الرغبة الخالصة للطرفين ، وكان ذلك هو سبب فشل هذا القانون ، بل فشـل بسرعة بسبب نقص فيه منذ مولده . ولذلك ، فمنذ صدور هذا القانون ، وخلال كل عشـر سـنوات - **وبصورة منتظمة** - كانت تعرض مشروعات قوانين وضعية فرنسية متنوعة لتحسين ماصلح من أحكامه ، وتلافى عيوبه ، لكن تلك المشروعات لم تنجح .

وأخيرا - **وفى عام ١٩٣٦** - تعرض نظام التحكيم الجماعى فى فرنسا لتعديلات جوهرية ، فكانت بداية عصره الذهبى ، حيث ساد التحكيم الإجبارى فى فرنسا ، وأخذ به فى فترة محـدودة ، مـن سنة ١٩٣٦ ، وحتى سنة ١٩٣٩ ، بموجب قانون ٣١ /١٢/ ١٩٣٦ ، وقانون ١٩٣٨/٣/٤ ، وكان نظاما مؤقتا ، جرى تجديده مرتين فى تلك الفترة القصيرة .

وبالـرغم مـن أن تطبـيق هذا النظام قد أظهر فاعلية سريعة - **سواء بالنسبة لتسوية المنازعات سلميا ، أو بالنسبة للحد من الإضطرابات ، ونجاحه فى استنباط مبادئ هامة فـى مجال العمل** - إلا أن المشرع الوضعى الفرنسى عاد - **وفى سنة ١٩٥٠** - للأخذ بـنظام التحكـيم الإختـيارى السـائد حاليا - **والذى ثبت عدم فاعليته** - والأمر يتعلق بالمنازعات المتعلقة بمنح إجازة للتدريب **conges formation** ، فالمادة (٦/٩٣١) من قانون العمل الفرنسى تنص على أن الإستفادة من الإجازة المطلوبة يكون حقا ، فيما عـدا الحالـة الـتى يعـتقد فـيها صاحب العمل - **وبعد أخذ رأى لجنة هيئة المشروع comite d'entreporise ، أو إذا لم يوجد مفوضين عن الأشخاص** - أن هذا الغياب يمكـن أن يترتـب عليه نتائج ضارة - **أى أن يكـون له أثرا سيئا على الإنتاج ، وسير العمـل فـى المشروع** - وفى حالة الخلاف ، فإن يمكن عرض الأمر على مفتش العمل المراقب للمشروع ، ويمكن أن يتخذ كمحكم .

وعلـى نفس المنوال - **وبنفس المفهوم** - نجد الصياغة ذاتها فى المواد (١٤/٩٣١) ، (٢٤/٩٩١) مـن قانون العمل الفرنسى ، (٣/٣٨٠) من القانون الوضعى الفرنسى رقم (٨٥ - ٧٧٢) ، والصادر فى الخامس ، والعشرين من شهر يوليو سنة ١٩٨٥ [١] .

---

(١) فى دراسـة أحكام ، وشروط الإلتجاء إلى نظام التحكيم الإختيارى فى منازعات العمل الجماعية فى فرنسا ، أنظر : عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية - الرسالة المشار إليها - بند ١٦٢ ، ومايليه ص ٢٨٩ ، ومابعدها .

مع ملاحظة مايدخل من منازعات فى اختصاص مجالس المنازعات الفردية **Conseil de prud hommes** ، والـتى لهـا ولايـة النظر فى منازعات العمل الفردية ، دون غيرها من الهيئات القضائية الأخرى - **مهما كانت قيمة النزاع** - فقد أجاز قانون العمل الفرنسـى التحكـيم فى منازعات العمل الفردية ، بموجب القانون الوضعى الفرنسى رقم (٧٩) - ٤٤ ، والصـادر بتاريخ ١٨/٤/١٩٧٩ ، فى حالة وحيدة ، وهى حالة الإتفاق علـى التحكـيم بعـد انتهاء عقد العمل ، وهى حالة إستثنائية بالنسبة لاختصاص مجالس المـنازعات الفـردية **Conseil de prud hommes** ، والـتى لها ولاية النظر فى منازعات العمل الفردية ، دون غيرها من الهيئات القضائية الأخرى - **مهما كانت قيمة النزاع** [١] .

فـلا يخفـى الأهمية العملية ، والمزايا الحقيقية التى يحققها نظام التحكيم فى الفصل فى منازعات العمل الفردية . وخير دليل على ذلك ، أننا نشهد بعض الدول قد أجازت الأخذ بـنظام التحكيم فى منازعات العمل الفردية بشكل صريح ، ولكن بشروط معينة ، أو فى حالات محددة ، ويمكن الإشارة فى هذا الشأن إلى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى التاسـع ، والعشـرين من شهر مارس سنة ١٩٣٥ ، والذى أنشأ لجنة تحكيم الصحفيين **Commission arbitrale des journaliste** ، وموضـوعه ، هـو الفصـل فى المـنازعات المتعلقة بتعويض صحفى ، أنهى خدمته بعد أكثر من خمسة عشر عاما من الخدمـة - **أى بعـد أقدمـية فى العمل مدتها خمسة عشر سنة** - وعزل هذا الصحفى لـتكرار إقـترافه لخطأ جسيم . وعندئذ ، تشكل لجنة تحكيم من اثنين من المحكمين ، يتم

---

(١) أنظر :

ROBERT (J .) : Traite de l'arbitrage civile et commercial , Vo . Droit interne , 1960 , Dalloz , Paris , 4ed , N . 6 et s ; FOUCHARD (P .) : L'arbitrage commercial international , 1965 , Paris ,. P . 9 et s ; J . NORMAND : Les conflits individuels du travail et l'arbitrage apres la loi du 6 Mai 1982 , Rev . Arb . 1982 , P . 169 et ss ; G . H . CAMERLYNCK : Droit du travail , Dalloz , 1984 , 12 ed , N . 992 et s ; JEAN ROBERT : L'arbitrage de conflits du travail , Gaz . 1980 , P . 268 et s ; J . NORMAND : op . cit . , P . 169 et s .

وانظر أيضا : أشرف عبد العليم الرفاعي - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٩٧ ، ومابعدها .

تعيينهم بواسطة المنظمات المهنية لأصحاب العمل ، ويرأسها أحد القضاة ، وتنتهى الإجراءات بحكم لايحتاج إلى أمر بتنفيذه من القضاء العام فى الدولة ، ويتداخل عمل هذه الهيئة مع لجان فض منازعات العمل الفردية فى فرنسا . فإذا أدعى مثلا أحد الأطراف أن عقد العمل لم يستمر أكثر من خمسة عشر عاما ، فإنه يجب عرض النزاع بداية على لجان فض منازعات العمل الفردية ، بخصوص هذه المسألة الأولية [١] **La question prejudicielle**

تطبيقات نظام التحكيم الإجبارى فى مصر :

أخذت مصر بنظام التحكيم الإجبارى لأول مرة بموجب قرار مجلس الوزراء ، الصادر بتاريخ ١٩٦٦/١/١٠ ، والذى أنشأ هيئات التحكيم الإجبارى ، للفصل فى المنازعات التى قد تقع بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام . ثم صدر بعد ذلك قانون المؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ ، وتضمن قواعد التحكيم الإجبارى " المواد ٦٦ – ٧٦ " ، والتى حلت محلها المواد (٦٠ – ٧٢) من القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ بشأن الهيئات العامة :

أخذت مصر بنظام التحكيم الإجبارى لأول مرة بموجب قرار مجلس الوزراء ، الصادر بتاريخ ١٩٦٦/١/١٠ ، والذى أنشأ هيئات التحكيم الإجبارى ، للفصل فى المنازعات التى قد تقع بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام . ثم صدر بعد ذلك قانون المؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ ، وتضمن قواعد التحكيم الإجبارى " المواد ٦٦ – ٧٦ " ، والتى حلت محلها

---

[١] فى دراسة حالات أخرى لنظام التحكيم الإجبارى فى القانون الوضعى الفرنسى ، أنظر :

G . FIECHEUX : Le commission arbitrale des journalistes , Rev . Arb . 1964 , P . 34 et s ; JACQUELINE – RUBELIN – DEVICHI : Juris – Classeur , N . 20 et s ; JEAN – ROBERT : Arbitrage , Droit interne , 5 edition . 1983 , Dalloz , N . 56 et s .

المـــواد (٦٠ - ٧٢) مـــن القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ بشأن الهيئات العامة .

كان العمل بنظام التحكيم الإجبارى - للفصل فى المنازعات التى قد تقع بين الهيـــئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام فى مصر - يستند إلى أساسين :

كـــان العمـــل بنظام التحكيم الإجبارى - **للفصل فى المنازعات التى قد تقع بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام فى مصر** - يستند إلى أساسين :

الأســـاس الأول : أن مـــنازعات القطـــاع العام لاتعتبر منازعات حقيقية بين مصالح متعارضة ، إذ أيا كان من يكسب الدعوى ، أو يخسرها ، فإن الأمر فى النهاية يعود إلى الدولة - **صاحبة جميع شركات القطاع العام .**

والأساس الثانى : توفير الجهد ، والنفقات ، والبعد عن بطء الإجراءات - **والتى تتسم بهـــا الخصـــومات أمـــام المحاكم القضائية** - وهذا يؤدى من ناحية أخرى ، إلى تخفيف العبء عن كاهل هذه المحاكم القضائية [١] .

لاقـــى الأخـــذ بنظام التحكيم الإجبارى ، لحسم المنازعات التى قد تقع بين الهيئات العامة والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام فى مصر بعض الإعتراضات من جانب الفقه :

لاقـــى الأخـــذ بنظام التحكيم الإجبارى ، لحسم المنازعات التى قد تقع بين الهيئات العامة والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام فى مصر بعض الإعتراضات من جانب الفقه ، وأهم ماوجه إليه :

---

(١) أنظر : محسن شفيق - الموجز فى القانون التجارى - الجزء الأول - ١٩٦٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٥٢٣ ، ص ٥٠٣ ، أبو زيد رضوان - شركات المساهمة ، والقطاع العام - ١٩٧٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٢٥٣ ، محمود سمير الشرقاوى - القانون التجارى - الجزء الأول - ١٩٧٨ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٤٦٣ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٤٥٢ ، ص ٥٣١ .

الإعتراض الأول : أنه يؤدى إلى الإخلال بمبدأ وحدة القضاء ، والذى يوصى بعرض جميع المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات فى الدولة على جهة قضاء واحدة .

الإعـــتراض الــثانى : أنـــه إذا كـــان هناك مبررا لوجود هيئة متخصصة للنظر فى مـــنازعات القطاع العام ، فإنه يمكن أن يعهد بهذه المنازعات إلى دائرة متخصصة ، أو لمحكمة متخصصة - **ضمن تشكيلات جهة المحاكم القضائية فى مصر .**

والإعتراض الثالث ، والأخير : أن نظام التحكيم الإجبارى المقرر قانونا للفصل فى المنازعات التى قد تنشأ بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام يكلــف الدولـــة أعـــباء مالـــية كبيرة ، تتمثل فى المكافآت المالية التى تمنح للمحكمين ، والمعاونين لهم ، وأن هذه المكافآت نفسها تعتبر وسيلة للمساس باستقلال القضاء [١] .

فـــيما يـــتعلق بتشـــكيل هيـــئات التحكيم الإجبارى المقرر قانونا للفصل فى المـــنازعات الـــتى قـــد تنشــأ بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام :

فـــيما يتعلق بتشكيل هيئات التحكيم الإجبارى المقرر قانونا للفصل فى المنازعات التى قد تنشأ بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام ، فإنه تشكل هيئة تحكـــيم مختلفة بالنسبة لكل نزاع على حدة ، فلا توجد هيئة تحكيم مشكلة مقدما ، لنظر مـــاقد يرفع إليها من دعاوى . وفى هذا ، تختلف هيئات التحكيم الإجبارى المقرر قانونا للفصـــل فى المنازعات التى قد تنشأ بين الهيئات العامة ، والمؤسسات العامة ، وشركات القطاع العام عن المحاكم القضائية - **عادية كانت ، أم إستثنائية .**

---

(١) فى بـــيان اعتراضـــات أخـــرى لتحكـــيم هيئات القطاع العام المصرى الإجبارى ، بموجب قانون المؤســـسات العامـــة ، وشركات القطاع العام رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ ، أنظر : فتحى والى - القضاء المدنى فى الإتحاد السوفيتى - مقالة منشورة فى مجلة القانون ، والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٦٧ - السنة رقم (٣٧) - ص ص ٢٨٧ - ٢٩٨ ، محمد عبد الخالق عمر - نظام التحكيم فى منازعات القطاع العام - ص ٢١٠ ، أميرة صدقى - النظام القانونى للمشروع العام - ص ٦٤٠ .

كــان القــانون الوضــعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ - الملغى - والــذى نقــل عنه القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ - والملغى كذلك - يقضى بأنه :

" يجــوز لهيــئات التحكيم المنصوص عليها فى القانون المذكور أن تنظر أيضا فى المنازعات التى قد تقع بين شركات القطاع العام ، وبين الأشخاص الطبيعييــن ، والأشــخاص الإعتبارية - وطنيين كانوا أو أجانب - إذا قبل هــؤلاء الأشخاص بعد وقوع النزاع إحالته على التحكيم " " الفقرة الأخيرة من المادة (٦٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ - والملغــى بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ بشأن الهيئات العامة " :

كــان القــانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ - الملغى - والذى نقل عنه القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ - والملغى كذلك - يقضى بأنه :

" يجــوز لهيــئات التحكــيم المنصــوص عليها فى القانون المذكور أن تنظر أيضا فى المــنازعات الــتى قــد تقــع بيــن شركات القطاع العام ، وبين الأشخاص الطبيعيين ، والأشخاص الإعتبارية - وطنيين كانوا أو أجانب - إذا قبل هؤلاء الأشخاص بعد وقوع الــنزاع إحالــته على التحكيم " " الفقرة الأخيرة من المادة (٦٠) من القانون الوضعى المصــرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ - والملغى بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ بشأن الهيئات العامة "

فالمشــرع الوضــعى المصرى - ومراعاة للرغبة فى اختصار الوقت ، تقليل النفقات ، وتبســيط الإجــراءات - كان قد جعل نظام التحكيم إجباريا فى منازعات شركات القطاع العــام ، والــتى قــد تنشــأ بين شركات القطاع العام بعضها ، وبعض ، أو بين الجهات الحكومــية - مركــزية ، أو محلــية - أو الهيئات العامة ، أو هيئات القطاع العام . أما المــنازعات التى قد تنشأ بين شركات القطاع العام ، والأشخاص الخاصة - سواء كانوا طبيعييــن ، أم معنويين ، وطنيين ، أم أجانب - فإن المشرع الوضعى المصرى كان قد جعل نظام التحكيم فيها إختياريا - بحسب الأصل العام فى التحكيم .

ومن الملاحظ أنه وفى ظل القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ ، فقد كان لهيــئات تحكــيم القطاع العام إختصاصا بالنسبة للمنازعات التى يكون أحد طرفيها شركة قطاع عام ، ويكون الطرف الآخر شخصا خاصا ، إذا قبل هذا الأخير إختصاصها .

ولقد كانت محكمة النقض المصرية قد تعرضت لعلة التفرقة بين نظامى التحكيم الإجبارى ، والتحكيم الإختيارى فى منازعات شركات القطاع العام ، إذ قالت فى أحد أحكامها أنه :

" المــنازعات التى قصد المشرع الوضعى المصرى إخضاعها لنظام التحكيم الإجبارى - والــذى اســتحدثه القــانون الوضــعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ - إنما هى المنازعات الموضوعية التى تنشأ بين شركات القطاع العام ، أو بين إحداها ، وبين جهة حكومية ، أو هيئة ، أو مؤسسة عامة - بشأن تقرير حق ، أو نفيه - إعتبارا بأن هذه الأنــزعة - وعلى ماجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون الوضعى المصرى المشار إليه - لاتقوم على خصومات تتعارض فيها المصالح - كما هو الشأن فى مجال القطاع الخاص - بل تعود فى نتيجتها إلى جهة واحدة ، وهى الدولة " [١] .

ونتيجة لهذا ، فإنه لم يكن هناك مجالا لشرط التحكيم ، أو مشارطته فى منازعات شركات القطـــاع العام بين بعضها البعض ، والأشخاص العامة المذكورة سلفا ، حيث يكون نظام التحكــيم إجباريا . إذ أن كلا من شرط التحكيم ، ومشارطته يعد عملا إراديا . ومن ثم ، يفترض أن يكون الإلتجاء لنظام التحكيم إختياريا ، وإنما يجوز الإتفاق على شرط التحكيم ، أو مشارطته فى منازعات شركات القطاع العام مع الأشخاص الخاصة الأخرى ، حيث لم تكن هذه الفئة الأخيرة من الأشخاص تخضع لنظام التحكيم الإجبارى المذكور .

غير أن ماإقتضاه القانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٦ - **الملغى** - والذى نقــل عــنه القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ - **والملغى أيضا** - من وجوب حصول الإتفاق بين شركات القطاع العام ، والأشخاص الخاصة على التحكيم بعد وقوع النزاع كان محلا للنقد ، باعتبار أن هذا الشرط لم يجد مايبرره فى مجال المنازعات الناشئة عن عقود شركات القطاع العام مع الأشخاص الخاصة ، وأنه ليس مايحول منطقيا

---

[١] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٣/٢/٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة (٢٤) - ص ١٦٩ ، ١٩٧٤/١٢/٣ - مجموعة المكتب الفنى - السنة (٢٥) - ص ١٥٠٦ .

فــى هــذا الــنوع من الأنزعة أن يكون الإتفاق على التحكيم قبل وقوع النزاع ، أى أن يحصل فى شكل شرط للتحكيم [١] .

صــدر القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ " قانون هيئات القطــاع العام ، وشركاته " منظما التحكيم الإجبارى لمنازعات المشروعات العامــة – وهى المنازعات التى تنشأ بين شركات القطاع العام بعضها مع بعض ، أو بين إحدى المؤسسات العامة ، أو الجهات الحكومية – مركزية ، أو محلية – أو هيئة من الهيئات العامة – فى المواد " (٥٦) – (٦٩) " والــذى حل محل القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ بشأن الهيئات العامة :

صدر القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ **" قانون هيئات القطاع العام ، وشــركاته** " مــنظما التحكيم الإجبارى لمنازعات المشروعات العامة – **وهى المنازعات الــتى تنشأ بين شركات القطاع العام بعضها مع بعض ، أو بين إحدى المؤسسات العامة ، أو الجهات الحكومية – مركزية ، أو محلية** – أو هيئة من الهيئات العامة – **فى المواد " (٥٦) – (٦٩) " والــذى حل محل القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠)** لسنة ١٩٧١ بشأن الهيئات العامة .

وفيما يتعلق بنطاق هذا التحكيم الإجبارى ، فقد عددت المادة (٥٦) من القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ المنازعات التى تنظرها هيئة التحكيم الإجبارى ، وهى

(١) – المــنازعات بين شركات القطاع العام : فكل دعوى يكون فيها كل من المدعــى ، والمدعى عليه من شركات القطاع العام ، فإنه يجب رفعها إلى هيئات التحكيم الإجبارى المنصوص عليها فى القانون المذكور .

(٢) – المنازعات بين شركة قطاع عام ، وبين جهة حكومية – مركزية ، أو محلــية – أو هيــئة عامة ، أو هيئة قطاع عام ، أو مؤسسة عامة :

---

(١) أنظــر : نقــض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٣/٢/٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة (٢٤) – ص ١٦٩ ، ١٩٧٤/١٢/٣ – مجموعة المكتب الفنى – السنة (٢٥) – ص ١٥٠٦ .

فالتحكيم لايكون إجباريا إلا إذا كان أحد الطرفين شركة قطاع عام . أما الطرف الآخر ، فإنه قد يكون شركة قطاع عام ، أو جهة حكومية - **مركزية** ، **أو محلية** - **أو هيئة عامة** ، أو هيئة قطاع عام ، أو مؤسسة عامة . **فإذا قام نزاعا بين جهتين حكوميتين ، أو جهة** حكومية ، أو هيئة عامة ، أو مؤسسة عامة ، **فإنه لايعرض على هيئات التحكيم الإجبارى** المنصوص عليها فى القانون المذكور ، **وإنما يدخل هذا النزاع فى اختصاص الجمعية** العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة " **المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢** " [١] .

والتحكيم أمام هيئات التحكيم المنصوص **عليها فى القانون المذكور كان تحكيما إجباريا** بالنسبة لأطرافه ، **فليس لأى من أطراف المنازعات المشار إليها رفعها إلى المحكمة** المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل **فى موضوعها ، بل يجب رفعها إلى هيئات التحكيم** الإجبارى المنصوص عليها فى القانون المذكور - **سواء رفعت الدعوى القضائية بصفة أصلية ، أم كانت قد رفعت فى صورة دعوى قضائية فرعية** - ولهذا ، **لاتكون للمحاكم** ولاية نظر دعوى الضمان الفرعية المقامة أثناء نظر خصومة قضائية أمام جهة المحاكم ، من هيئة عامة ، ضد إحدى شركات القطاع العام [٢] . **ولنفس العلة ، فإنه إذا تعدد الخصوم فى الدعوى القضائية ، وكان أحدهم شخصا طبيعيا ، أو شخصا إعتباريا خاصا ، إلى جانب شركة قطاع عام ، أو شركة قطاع عام ، وجهة حكومية ، أو هيئة عامة . فإنه فى هذا الفرض لاتتوافر حالة تحكيم إجبارى من هذا النوع** [٣] .

---

[١] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧ - فى الطعن رقم (٦٣٤) - لسنة (٤٥) ق ، ١٩٨٥/١٢/٢٦ - فى الطعن رقم (٣٣٩) - لسنة (٥٢) ق . مشارا لهذين الحكمين لدى : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٥٤ ، ص ٩٣٣ - الهامش رقم (٣)

[٢] أنظر : محسن شفيق - الموجز فى القانون التجارى - الجزء الأول - بند ٥٢٣ ، ص ٤٢٠ ، محمود سمير الشرقاوى - المرجع السابق - بند ٤٧٦ ، ص ٤٦٤ ، أبو زيد رضوان ، حسام عيسى - شركات المساهمة ، والقطاع العام - بند ٢٢٢ ، ص ٢٢٨ .

[٣] أنظر . نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٩١/١/١٠ - فى الطعن رقم (٢٢٠٧) - لسنة (٥٦) ق وقد ورد فى هذا الحكم القضائى الأخير أنه " لاتختص هيئة تحكيم القطاع العام بدعوى ضمان فرعية موجهة إلى شركة من شركات القطاع الخاص " مشارا لهذا الحكم لدى : فتحى والى - الوسيط فى

وتطبيقا لهذا ، فقد قضى بأنه : " **إذا كانت المدعى عليها - وهى شركة قطاع عام - قد اختصمت أيضا بصفتها وكيلة عن باخرة أجنبية ، فإن الإختصاص يكون للمحاكم ، وليس لهيئات التحكيم المنصوص عليها فى القانون المذكور** " [١] .

وإذا تعلق الأمر بإحدى المنازعات التى تدخل فى نطاق اختصاص هيئات التحكيم المنصوص عليها فى القانون المذكور ، فإنه يجب رفعها إليها ، بحيث لايقبل رفعها أمام القضاء العادى ، أو أى هيئة قضائية إستثنائية ، ويتعلق الأمر بالنظام العام ، فلا يجوز الإتفاق على مخالفته ، ولاتصحح تلك المخالفة إجازة ، ولايرد عليها قبولا [٢] .

ومن الملاحظ أنه وفى ظل القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ ، فقد كان لهيئات تحكيم القطاع العام إختصاصا بالنسبة للمنازعات التى يكون أحد طرفيها شركة قطاع عام ، ويكون الآخر شخصا خاصا ، إذا قبل هذا الأخير إختصاصها ، ولكن هذا الإختصاص لم يظهر فى القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ .

ورغم أن الإلتجاء إلى هيئات تحكيم القطاع العام كان يعتبر إجباريا فى النطاق الذى كان ينص عليه القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ المذكور ، فإنه كان يجوز لطرفى النزاع الإتفاق على تحكيم إختيارى ، يتم وفقا لنصوص قانون المرافعات المصرى

قانون القضاء المدنى - بند ٤٧٦ ، ص ٩٣٤ ، محمد عبد الخالق عمر - نظام التحكيم فى منازعات القطاع العام - ص ٢١٨ .

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨١/١/١٩ - فى الطعن رقم (١٩٨) - لسنة (٤٨) ق - مجموعة النقض - (٢٥) - ٨٥٩ ، ١٣٩ .

(2) فرغم مبررات التحكيم الإجبارى فى مصر ، فإنه يعتبر استثناء ، لايجوز التوسع فى تفسير حالاته ، أو القياس عليها ، أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ١٣٨ ، ص ٣٤٤ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٤٧٦ ، ص ٩٣٤ ، أميرة صدقى - النظام القانونى للمشروع العام ، ودرجة أصالته - ص ٦٢٤ .

وفى بيان الخلاف فى الفقه ، وأحكام القضاء حول التكييف القانونى لهيئات التحكيم الإجبارى ، وطبيعة الأعمال التى تصدرها ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٧٣ ، ٧٤ ، وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧ - فى الطعن رقم (٦٣٤) - لسنة (٤٥) ق .

" المــواد (٥٠١) – (٥١٣) – والملغــاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " . ذلك أن المشرع الوضـــعى المصـــرى – وبتنظـــيمه للتحكيم الإجبارى – كان قد جعله عرضا عن رفع الدعـــوى القضـــائية أمام المحاكم العادية ، ولم يمنع به التحكيم الإختيارى ، والذى يملكه الخصـــوم – أطـــراف هذه المنازعات – وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها فى قانون المـــرافعات المصـــرى " المـــواد (٥٠١) – (٥١٣) – والملغـــاة بواسطة القانون الوضـــعى المصـــرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والـــتجارية " . ولهـــذا ، فإن الخصوم كانوا يستطيعون أن يتصالحوا فيما بينهم ، أو أن يـــتفقوا علـــى تحكيم إختيارى ، ومثل هذا الإتفاق يكون صحيحا – سواء كان قد تم قبل نشـــأة الـــنزاع ، أو بعـــد نشأته ، أى سواء كان ذلك الإتفاق التحكيمى فى صورة شرط للتحكيم ، يكون واردا فى عقد من العقود ، كأحد بنوده ، أو مشارطة تحكيم مستقلة .

صدور القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطـــاع الأعمـــال العام ، وعدم تنظيمه تحكيما إجباريا خاصا بشركات قطاع الأعمـــال العام ، أسوة بالتحكيم الذى كان يعرفه القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ :

صدر القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العـــام ، بـــتاريخ (١٩) يولـــيو سنة ١٩٩١ [١] ، وقد نصت المادة الأولى من قانون إصداره على أنه :

" يعمـــل به بشأن الشركات القابضة والشركات التابعة لها الخاضعة له وعلى ألا تسرى أحكـــام قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادرة بالقانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ على الشركات المشار إليها " .

كما تنص المادة الثانية من قانون إصداره على أنه :

" تحل الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة لأحكام القانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ ، كما تحل الشركات التابعة محل الشركات التى تشرف عليها هذه الهيئات ، إعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون دون حاجة لأى إجراء آخر " .

---

(١) والـــذى نشـــر فى الجـــريدة الرسمية – العدد رقم (٢٤) مكرر – بتارخ (١٩) يونيو – سنة ١٩٩١

ولـم يـنظم القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمـال العام تحكيما إجباريا خاصا بشركات قطاع الأعمال العام ، أسوة بالتحكيم الذى كان يعرفه القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ . وعلى هذا ، فإنه ومنذ نفـاذ القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ لايسرى نظام تحكيم شركات القطاع العام على شركات القطاع العام التى خضعت لهذا القانون .

وجديـر بالذكر ، أن المادة (٤٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام المذكور تنص على أنه :

" **يجوز الإتفاق على التحكيم فى المنازعات التى تقع بين الشركات الخاضعة لأحكام هذا القـانون أو بينها وبين الأشخاص الإعتبارية العامة أو الأشخاص الإعتبارية من القطاع الخاص ، أو الأفراد وطنيين كانوا أو أجانب . وتنطبق فى هذا الشأن أحكام الباب الثالث مـن قانون المرافعات المدنية ، والتجارية " نصوص قانون المرافعات المصرى " المواد (٥٠١) – (٥١٣) – والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " . مع مراعاة صدور القانون الوضـعى المصـرى رقـم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والـتجارية ، وإلغائـه لنصوص التحكيم التى كانت واردة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، فى الباب الثالث منه ، وهى المواد (٥٠١) – (٥١٣) .

وبهذا ، فإن شركات قطاع الأعمال العام – **شأنها شأن الأفراد ، والجماعات ، وشركات القطـاع الخـاص فـى مصـر** – لم يعد أمامها فى مصر من صور التحكيم إلا التحكيم الإختـيارى – **والـذى ينظمه القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شـأن التحكـيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – وتخضع فى ذلك لقواعد هذا التحكيم ، تماما كالقطاع الخاص فى مصر ، ويمكن لشركة قطاع الأعمال العام أن تبرم اتفاقا على التحكيم – **شرطا كان أم مشارطة** – سواء مع شخص اعتبارى عام – **كإحدى الوزارات ، أو المحافظـات ، أو هيئة من الهيئات العامة** – أو مع شخص خاص – **فردا كان ، أم شخصـا إعتباريا** – ويستوى أن يكون الطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم مع شركة قطاع الأعمال العام وطنيا ، أم أجنبيا .

يثور التساؤل – وبعد صدور القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشـــأن شـــركات قطـــاع الأعمال العام – حول نطاق نظام التحكيم الإجبارى ؟ :

يـــثور التســـاؤل – وبعد صدور القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام – حول نطاق نظام التحكيم الإجبارى ؟ .

وللإجابة على هذا التساؤل ، فإنه يجب مراجعة نص المادة (٤١) من القانون الوضعى المصـــرى رقـــم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام ، والذى جاء على النحو التالى :

" طلـــبات التحكـــيم بيـــن شركات القطاع العام أو بينها وبين جهة حكومية مركزية أو محلـــية أو هيئة عامة أو هيئة قطاع عام أو مؤسسة عامة التى قدمت قبل تاريخ العمل بهـــذا القانون ، وكذلك منازعات التنفيذ الوقتية فى الأحكام الصادرة فيها يستمر نظرها أمـــام هيـــئات التحكـــيم المشكلة طبقا لأحكام هيئات القطاع العام وشركاته بالقانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ ، وطبقا للأحكام والإجراءات المنصوص عليها فيه " .

ومفاد النص المتقدم ، أن هيئات تحكيم القطاع العام لم يعد لها اختصاصا بالنسبة لشركات القطـــاع العـــام الـــتى تخضـــع للقانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ ، وبمنازعات التنفيذ الوقتية فى الأحكام الصادرة فى هذه الطلبات ، وبعد انتهاء الفصل فى هـــذه الطلبات ، وفى المنازعات الوقتية فى الأحكام الصادرة فيها ، وخضوع كل شركات القطـــاع العام لقانون قطاع الأعمال العام رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمـــال العام ، ينتهى كل وجود لنظام التحكيم الإجبارى فى منازعات القطاع العام فى مصر [1] .

---

(١) يراجع نص المادة الأولى من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، والذى جاء على النحو التالى :

" مـــع عـــدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها بجمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القـــانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونـــية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " .

وفى دراســـة أحكام القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن شركات قطاع الأعمال العام ، أنظر : رضا السيد عبد الحميد – شرح قانون قطاع الأعمال العام رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١/

وضعت مصر أحكاما قانونية تتعلق بتسوية منازعات العمل الجماعية ، عن طـريق وســائل مختلفة ، من بينها : التحكيم – باعتباره الوسيلة النهائية الحاسمة لتسوية منازعات العمل الجماعية :

وضعت مصر أحكاما قانونية تتعلق بتسوية منازعات العمل الجماعية ، عن طريق وسائل مخـتلفة ، مـن بينها : التحكيم – **باعتباره الوسيلة النهائية الحاسمة لتسوية منازعات العمـل الجماعـية** – فقد تضمن قانون العمل المصرى رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ [١] أحكـام التسـوية الودية ، **والتحكيم فى منازعات العمل الجماعية ، فى الفصل الثالث من** الـباب الـرابع مـنه " **المواد (٩٣) – (١٠٦) " . ومن المبادئ التى استحدثها هذا** القـانون الوضعى المصرى ، **أنه قرر نظام المفاوضة الجماعية وجعله إجباريا ، وسابقا** علـى نظام التحكيم ، **وقد حل هذا القانون الوضعى المصرى محل قانون العمل المصرى** الموحـد رقـم (٩١) لسـنة ١٩٥٩ [٢] ، **والذى كان يتضمن فى الباب الخامس منه "** المـواد ١٨٨ – ٢١١ " أحكامـا خاصة بالتوفيق ، **والتحكيم فى منازعات العمل ، فجاء** القانون الوضعى المصرى رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ وحل محله .

أخذت مصر بنظام التحكيم الإجبارى فى منازعات العمل بصورة مطلقة :

أخـذت مصر بنظام التحكيم الإجبارى فى منازعات العمل بصورة مطلقة بحيث تحال إلـى التحكيم أية منازعة جماعية ، بدون قبول ، أو موافقة كلا الطرفين ، بصرف النظر عما إذا كانت المنازعة تتعلق بمرفق حيوى ، أو بغيره من المرافق ، وبصرف النظر عما

١٩٩٢ – دار الـثقافة الجامعية بالأسكندرية ، وراجع أيضا مجموعة الأبحاث التى قدمت فى مؤتمر حول قـانون شركات قطاع الأعمال العام – الساحل الشمالى – فى الفترة من (١٩) إلى (٢٤) يونيو سنة ١٩٩٢ ، ولقد جمعت فى كتاب أعده ، وأصدره الأستاذ الدكتور / أحمد جامع – المطبعة العربية الحديثة ، وانظـر أيضـا : عبد الحكيم عثمان – التطور التشريعى فى تنظيم القطاع العام – مجموعة بحوث مؤتمر الســاحل الشمالى – ١٩٢/٦/٢٠ – ص ٢٨ ، ومابعدها ، حسام الأهوانى – تنظيم علاقات العمل فى قطاع الأعمال العام – مجموعة بحوث مؤتمر الساحل الشمالى – ١٩٩٢/٦/٢٢ – ص ٩٣ ، ومابعدها .

(١) والمنشور فى الجريدة الرسمية – العدد رقم (٣٣) " تابع " – فى أغسطس سنة ١٩٨١ .

(2) والمنشور بالجريدة الرسمية – العدد رقم (٧١) مكرر – حرف (ب) ، فى ١٩٥٩/٤/٨ .

إذا كانت ذات آثار خطيرة ، أو غير خطيرة على المصلحة العامة ، أو الخاصة ، وسواء كانت منازعة هامة أو قليلة الأهمية نسبيا (١) .

موقـف مصـر فـى أخذهـا بمبدأ التطبيق العام بالنسبة لنظام التحكيم فى مـنازعات العمـل الجماعـية يخالف موقف بعض الدول التى أخذت بنظام التحكيم الإجبارى ، ولكن فى نطاق محدود :

موقـف مصـر فـى أخذها بمبدأ التطبيق العام بالنسبة لنظام التحكيم فى منازعات العمل الجماعية يخالف موقف بعض الدول التى أخذت بنظام التحكيم الإجبارى ، ولكن فى نطاق محـدود ، فمنها من حصرته فى نطاق المنازعات المتعلقة بالمرافق الحيوية ، ومنها من حصـرته فى نطاق المنازعات المتعلقة بالصالح العام ، ومنها من قيدته بشروط معينة ، تحد من نطاق تطبيقه (٢) .

زاد انتشـار نظام التحكيم الجماعى - وهو النظام الذى أنشئ حديثا ، طبقا للمتغـيرات الإقتصـادية ، والإجتماعـية التى طرأت على أثر قيام الثورة الصناعية ، باعتباره الوسيلة النهائية الحاسمة لتسوية المنازعات الجماعية المتعلقة بالعمل ، بواسطة طرف ثالث مستقل عن طرفى النزاع - ، بالرغم من حداثة نشأته ، إذ تأخذ به الغالبية العظمى من دول العالم ، بل واهتمت به المنظمات الدولية ، والإقليمية :

---

(١) فى دراسـة إجراءات التحكيم الجماعى لمنازعات العمل الجماعية ، الطبيعة القانونية لقرار التحكيم الجماعى ، الطعن فيه ، وآثاره ، أنظر : عبد القادر الطورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسـالة المشـار إليها – بند ٥٥ ، ومايليه ، ص ٩٣ ، ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٧٨ ، ومابعدها .

(2) أنظر : عبد القادر الطورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – الرسالة المشار إليها – بـند ٦٣ ، ومايلـيه ، ص ١٠٧ ، ومابعدها . حيث أشار سيادته إلى تطبيقات عملية لاختلاف مواقف الدول فى الأخذ بنظام التحكيم الإجبارى فى منازعات العمل الجماعية .

زاد انتشــار نظــام التحكيم الجماعى - **وهو النظام الذى أنشئ حديثا ، طبقا للمتغيرات الإقتصادية** ، **والإجتماعية** التى طرأت على أثر **قيام الثورة الصناعية ، باعتباره الوسيلة النهائــية الحاســمة** لتسوية **المنازعات الجماعية المتعلقة بالعمل ، بواسطة طرف ثالث مســتقل عن طرفى النزاع** - ، بالرغم من حداثة نشأته ، إذ تأخذ به الغالبية العظمى من دول العالم ، بل واهتمت به المنظمات الدولية ، والإقليمية [١] .

ذهــب جانــب مــن الفقــه إلــى أنه لايجوز - بصفة عامة - التحكيم فى المــنازعات الــتى أقامت فيها الأنظمة القانونية الوضعية توازنا دقيقا بين المصالح المتعارضة - كالمنازعات بين العامل ، وصاحب العمل :

ذهب جانب من الفقه إلى أنه لايجوز - **بصفة عامة** - التحكيم فى المنازعات التى أقامت فــيها الأنظمة القانونية الوضعية توازنا دقيقا بين المصالح المتعارضة - **كالمنازعات بين العــامل ، وصــاحب العمل** - لأنه لو سمح بنظام التحكيم فى هذه المنازعات ، فإن ذلك ســيؤدى مــن الناحية العملية إلى إهدار الضمانات ، وتضييع الحقوق للطرف الضعيف إقتصاديا فى هذه المنازعات - وهو العامل [٢] .

---

[١] حــول أســباب ظاهرة الإنتشار الواسع لنظام التحكيم فى منازعات العمل الجماعية ، أنظر : عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية - الرسالة المشار إليها - بند ٧ ، ص ٢٢ ، ومابليه . حيث أشار سيادته إلى بعض قوانين الدول العربية - ومنها مصر - " قانون العمل المصرى رقم (٣٧) لسنة ١٩٨١ - الفصل الثالث من الكتاب الرابع " فى التسوية الودية ، والتحكيم فى منازعات العمل الجماعية " " المواد (٩٣) - ١٠٦ " ، كما أشار بوجه خاص إلى المشرع الوضعى السعودى ، والــذى يجيز الإلتجاء إلى نظام التحكيم فى جميع المنازعات الفردية الحقوقية " التحكيم الفردى " بموجب نص قانونى وضعى خاص - صريحا ، ومطلقا - ونظم أحكام ، وإجراءات هذا التحكيم العمالى الفردى ، كمــا أشار إلى بعض قوانين الدول العربية ، والأجنبية - ذات المذاهب القانونية المختلفة - والتى أخذت بــنظام التحكــيم فى منازعات العمل الجماعية . فى بيان دور منظمة العمل الدولية فى تقدم نظام الإلتجاء للتحكيم الجماعى . وكذلك ، منظمة العمل العربية ، ودورها فى ذلك ، من خلال الإتفاقات المبرمة تحت رعايتها ، أو التوصيات التى تصدرها ، والدراسات ، والبحوث التى تقوم بها ، أنظر : عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية - الرسالة المشار إليها - بند ٥٠٤ ، ص ١٥، ومابليه .

[٢] أنظــر : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ط١ - ١٩٧٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - الجزء الأول - ص ١٠١ .

يرى جانب من الفقه أن التحكيم فى منازعات التجارة الدولية ليس عملا من طبيعة إرادية خالصة :

يرى جانب من الفقه أن التحكيم فى منازعات التجارة الدولية ليس عملا من طبيعة إرادية خالصة ، إذ أن واقع التجارة الدولية كثيرا ماينبئ عن أن حرية الخصوم فى اختيار نظام التحكـيم أصـبحت وهما ، لأنه كثيرا مايفرض نظام التحكيم جبرا على أطراف التجارة الدولية – **كما هو الحال فى العقود الدولية ذات الشكل النموذجى** (١) .

(١) أنظر : أبو زيد رضوان – الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى – بند ٢٣ ، ص ٣٥ .

الباب الثانى

مفهـــوم الأثـــر السلبـــى للإتفـــاق علـــى التحكيم الوسيلـــة الفنيـــة لإعمالـــه " الدفـــع بالتحكيـــم " والخلاف الفقهـــى بصدد تحديد طبيعتها القانونية [1]

تمهيد ، وتقسيم :

يرتب الإتفاق على التحكيم آثارا قانونية عديدة فى ذمة عاقديه ، وأهمها : الأثر الإيجابى ، والأثر السلبى :

يرتب الإتفاق على التحكيم آثارا قانونية عديدة فى ذمة عاقديه ، وأهمها : الأثر الإيجابى ، والأثر السلبى .

يتمـــثل الأثر الإيجابى للإتفاق على التحكيم فى التزام طرفيه بعرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ،

---

(1) فى دراســة مفهــوم الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم ، والوسيلة الفنية لإعماله ، أنظر : وجدى راغـــب فهمـــى – طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم – مقالة منشورة فى مجلة مؤتمر التحكيم العربى – ١٩٨٧ ، أحمـــد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٤٣ ، ومايليه ، ص ١٢٣٠، ومابعدهـــا ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – ١٩٩٣ – بند ٣/٤٢ ، ص ٧٣ ، ٧٤ – والهوامـــش المـــلحقة ، أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ، ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، والهوامش الملحقة ، محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٩٦ ، ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٣٤ ، ومايليه ، ص ١١٤ ، ومابعدها ، عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – بند ٣١ ، ٣٢ ، ص ٤٥ ، ومابعدهـــا ، عـــاطف الفقـــى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٢٢٤ ، ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشـــار إليها – ص ١٤٨، ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١٩١، ومابعدها .

أو هيئات غير قضائية ، لإصدار حكم تحكيم ، يكون ملزما لهما ، دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه :

يتمثل الأثر الإيجابى للإتفاق على التحكيم فى التزام طرفيه بعرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، لإصدار حكم تحكيم ، يكون ملزما لهما (١) ، دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل في موضوعه ، ويكون الإتفاق على التحكيم بذلك قد أثبت سلطة لهيئة التحكيم ، وهو أمرا إستثنائيا أجازته الأنظمة القانونية الوضعية ، لمخالفته لقواعد آمرة ، وهى قواعد توزيع ولاية القضاء العام فى الدولة ، ولولا اعتراف تلك الأنظمة القانونية الوضعية بنظام التحكيم ، لما كان من الممكن أن يكون الإتفاق على التحكيم صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية (٢) .

يتمثل الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم فى منع عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على القضاء العام فى الدولة ، ومنع هذا القضاء من الفصل فيه :

يتمثل الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم فى منع عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على القضاء العام فى الدولة ، ومنع هذا القضاء من الفصل فيه . فالإتفاق على التحكيم يمنع القضاء العام فى الدولة من نظر النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق هيئة التحكيم ، بدلا من المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، ويخول المدعى عليه دفعا بذلك ، وهو مايسمى بالدفع بوجود الإتفاق على التحكيم .

---

(١) فى دراسة مظهر الإلزام فى نظام التحكيم ، أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٥ ، ص ٢٠ ، ومابعدها .

(٢) أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٣٤ ، ص ١١٤ .

الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو أداة التمسك بالجانب السلبى للحق فى التحكيم :

الدفع بوجوذ الإتفاق على التحكيم هو أداة التمسك بالجانب السلبى للحق فى التحكيم ، فهو الوسيلة التى تخولها الأنظمة القانونية الوضعية للمدعى عليه أمام القضاء العام فى الدولة للتمسـك بوجـود الإتفاق على التحكيم . ومن ثم ، حقه فى الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بغرض منع القضاء العام فى الدولة من السير فى إجراءات الفصل فيه .

الخـلاف فـى الفقه ، وأحكام القضاء بصدد تحديد الطبيعة القانونية للدفع بالتحكيم :

ثار الخلاف فى الفقه ، وأحكام القضاء حول تحديد الطبيعة القانونية للدفع بالتحكيم ، وهل هـو دفعا بعدم الإختصاص ؟ . أم دفعا بعدم القبول ؟ . أم أنه غير ذلك ؟ . فمن قائل أنه دفعـا بعدم الإختصاص . ومن قائل أنه دفعا بعدم القبول . ومن قائل أنه غير ذلك ، وقد انعكس هذا الخلاف فى لغة التشريع المقارن .

وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول :

الفصل الأول : مفهوم الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم .

الفصـل الـثانى : الوسـيلة الفنية لإعمال الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم " الدفع بالتحكيم " .

والفصـل الثالـث : الخلاف الفقهى بصدد تحديد طبيعة الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم " الدفع بالتحكيم " .

وذلك على النحو التالى :

الفصل الأول

مفهوم الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم

إذا كـــان الأثر الإيجابى للإتفاق على التحكيم يتمثل فى التزام طرفيه بعرض الـــنزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم على هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، لإصدار حكم تحكيم ، يكون ملزما لهما ، دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، فإن الأثر الســـلبى للإتفاق على التحكيم يتمثل فى منع عرض النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم على القضاء العام فى الدولة ، ومنع هذا القضاء من الفصل فيه :

إذا كـــان الأثـــر الإيجـــابى للإتفـــاق على التحكيم يتمثل فى التزام طرفيه بعرض النزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم على هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضـــائية ، لإصـــدار حكم تحكيم ، يكون ملزما لهما [1] ، دون المحكمة المختصة أصلا بتحقـــيقه ، والفصل فى موضوعه ، فإن الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم يتمثل فى منع عـــرض الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على القضاء العام فى الدولة ، ومنع هذا القضـــاء مـــن الفصل فيه . فالإتفاق على التحكيم يمنع القضاء العام فى الدولة من نظر النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق هيئة التحكيم ، ويخول المدعى عليه دفعا بذلك ، وهو مايسمى بالدفع بوجود الإتفاق على التحكيم .

باتفـــاق الأطـــراف المحتكمين على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المـــنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولـــة ، فإنـــه يمتنع عليهم الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، للفصل فيها ، كما أنهم وباتفاقهم على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، يمنعون القضاء

---

(١) فى دراسة مظهر الإلزام فى نظام التحكيم ، أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٥ ، ص ٢٠ ، ومابعدها .

العام فى الدولة من نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا رفع إليه من قبل أحدهم :

باتفـاق الأطراف المحتكمين على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخـل أصـلا فـى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، فإنه يمتنع عليهم الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، للفصل فيها ، كما أنهم وباتفاقهم على الإلتجاء إلى نظـام التحكـيم ، يمنعون القضاء العام فى الدولة من نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا رفع إليه من قبل أحدهم ، إذ يكون للطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم أن يدفعهـا بوجـود الإتفاق على التحكيم . وعلى القضاء العام فى الدولة متى تبين له جدية الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، وابتنائه على صحيح القانون ، أن يمتنع عن نظر هذا النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] .

لايـؤدى الإتفـاق على التحكيم إلى السلب المطلق لسلطة القضاء العام فى الدولة ، فى خصوص المسائل التى ورد بشأنها الإتفاق على التحكيم ، فيظل للقضاء العام فى الدولة دورا فى خصوص الإتفاق على التحكيم ، والمسائل التى ورد فى شأنها :

لايـؤدى الإتفـاق علـى التحكيم إلى السلب المطلق لسلطة القضاء العام فى الدولة ، فى خصـوص المسائل التى ورد بشأنها الإتفاق على التحكيم ، فيظل للقضاء العام فى الدولة دورا فـى خصوص الإتفاق على التحكيم ، والمسائل التى ورد فى شأنها ، فتنص المادة (١٤) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فـى

---

[1] فى دراسـة الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم " الدفع بالتحكيم " ، والخلاف الفقهى بصدد تحديد طبيعتها القانونية ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بـند ٣٥ ، ومايليه ، ص ١١٥ ، ومابعدها ، ومأشار إليه من مراجع ، وأحكام فى الهوامش الملحقة ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١٩١ ، وما بعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٤٨ ، ومابعدها .

المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **يجــوز للمحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحــد طــرفى التحكــيم باتخاذ تدابير مؤقتة ، أو تحفظية سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها** " .

كمــا يكون للقضاء العام فى الدولة دورا فى اختيار أعضاء هيئة التحكيم " **المادة (١٧) مــن القــانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " ، وفى ردهم " **المادة (١٩) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فــى شــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " ، وفى تذليل العوائــق الــتى تعــترض مباشرتهم لمهمتهم " **المواد (٢٠) ، (٢١) ، (٢٤) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والــتجارية** " ، وفــى إجــراءات تحقيق الدعوى أمامهم " **المادة (٣٧) من القانون الوضــعى المصــرى رقــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والــتجارية** " ، وفــى رقابة مدى التزامهم بأحكام القانون الوضعى " **المادتان (٤٥) ، (٥٤) مــن القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " ، وفى الأمر بتنفيذ مايصدرونه من أحكام " **المواد (٥٦) ، ومابعدهــا من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** "[(١)] .

---

(١) ويعتمد القانون الوضعى الفرنسى حلولا مقاربة للحلول المعتمدة فى القانون الوضعى المصرى ، أنظر

FOUCHARD (P .) : Coopereation du president du T . G . I . a l'arbitrage , Rev . Arb . 1989 , 5 ; COUCHEZ : Refere et arbitrage , Rev . Arb . 1986 ; BERTIN : Refere et nouvel arbitrage , G . P . 1980 , 2 , Doct . 520 ; Civ . Ie , 6 Mars 1990 , Bull . Civ , 1990 , I , N . 64 ; Rev . Arb . 1990 , 635 , N . 1 et s .

بما أن هيئة التحكيم لاتتمتع بسلطة القضاء العام فى الدولة ، فإنه لايمكنها إتخـاذ بعض الإجراءات فى خصوص الإتفاق على التحكيم ، والمسائل التى ورد فى شأنها [1] :

لاتتمـتع هيئة التحكيم بسلطة الجبر التى يتمتع بها القاضى العام فى الدولة . ومن ثم ، فإنه لايمكنها إتخاذ الإجراءات التالية ، ولايكون أمامها عندئذ سوى الإلتجاء إلى القاضى العام فى الدولة ، لاتخاذها :

(١) إجبار شاهد على الحضور ، والحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور ، أو يمتـنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها فى المادتين (٧٨) ، (٨٠) من قـانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ " **المادة (٣٧/ أ) من القانون الوضـعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " .**

(٢) إجبار الغير على تقديم مستندات تحت يده .

(٣) **توجـيه اليمين – بناء على طلب أحد الخصوم فى التحكيم – إلى الخصم الأخر " المادة (٤/٣٣) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " .**

(٤) طلـب الإنابـة القضائية " المادة (٣٧/ب) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " .

[1] - فى دراسـة القيود الواردة على سلطة هيئة التحكيم ، لحرمانها من سلطة الجبر التى يتمتع بها القاضى العام فى الدولة ، أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٨٩ ، ومايليه ، ص ٣٨١ ، ومابعدها .

الفصل الثانى

الوسيلـــة الفنيـــة لإعمـــال الأثـــــر السلبـــــى للإتفـــاق علـــى التحكيـــم " الدفـــع بالتحكيـــم "

الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو أداة التمسك بالجانب السلبى للحق فى التحكيم :

الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو أداة التمسك بالجانب السلبى للحق فى التحكيم ، فهو الوسيلة التى تخولها الأنظمة القانونية الوضعية للمدعى عليه أمام القضاء العام فى الدولة للتمســك بوجــود الإتفـــاق علـــى التحكيم . ومن ثم ، حقه فى الإلتجاء إلى نظام التحكيم للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بغرض منع القضاء العام فى الدولة من الســير فـــى إجـــراءات الفصل فيه .فباتفاق الأطراف المحتكمون على الإلتجاء إلى نظام التحكــيم ، للفصـــل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، فإنه يمتنع عليهم عندئذ الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، للفصل فى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، كما أنهم وباتفاقهم على الإلتجاء إلى نظام التحكيم يمنعون القضاء العام فى الدولة من نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا رفعت إليه من قبل أحدهم ، إذ أنه يكون للطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم أن يدفعها بوجود الإتفاق على التحكيم .

وإذا كـــان الإتفـــاق على التحكيم يؤدى إلى منع القضاء العام فى الدولة من نظر النزاع موضـــوعه ، ويمنح المدعى عليه الحق فى منع هذا القضاء من نظره ، إن رفع إليه من قـــبل خصمه ، عن طريق إبداء دفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، فإن على القضاء العام فـــى الدولـــة متى تبين له جدية الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، وابتنائه على صحيح القانون أن يمتنع عن نظره .

يترتب منع القضاء العام فى الدولة من نظر النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم على مجرد إبرام الإتفاق على التحكيم بين الأطراف المحتكمين ، وليس على رفع الأمر بالفعل إلى القضاء العام فى الدولة :

يــؤدى الإتفاق على التحكيم إلى منع القضاء العام فى الدولة من نظر النزاع المتفق على الفصـــل فيه عن طريق نظام التحكيم ، وهذا الأثر المانع يترتب على مجرد الإتفاق على التحكيم ، وليس على رفع الأمر بالفعل إلى القضاء العام فى الدولة [1] .

مـــنع القضاء العام فى الدولة من نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايكون إلا إذا كان تنفيذ التحكيم ممكنا :

منع القضاء العام فى الدولة من نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايكون إلا إذا كـــان تنفـــيذ التحكيم ممكنا [2] ، فإذا استحال عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم

---

(١) أنظر :

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : op . cit . , P . 104 et s.

وانظـــر أيضا : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٢٧١ ، ٢٧٢ ، المؤلـــف – إتفـــاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٣٤ ، ص ١١٥ ، عاطف الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٢٥٦ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٠/٤/١٤ – مجموعة المكتب الفنى – السنة (٢١) – العدد الـــثانى – الطعـــن رقم (٥١) – لسنة (٣٦) – ص ٥٩٩ . مشارا لهذا الحكم لدى : أمينة النمر – قوانين المرافعات – الكتاب الثالث – ١٩٨٢ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٨٦ ، ص ١٥٣ – الهامش رقم (٥٣) ، أحمـــد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٤٦ (م) ص ١٣٢ – الهامش رقم (٣) ، محمد محمود إبراهيم – أصول التنفيذ الجبرى – ١٩٩٤ – ص ٨٦ – الهامش رقم (٢) ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٣٤ ، ص ١١٥ – الهامش رقم (٢) .

وانظـــر أيضا فى نفس المعنى : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٥/٣/٥ – ٢٦ – ٥٧٥ . مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – الإشارة المتقدمة .

وفى بيان موانع اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : عاطف الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٢٥٦ ، ومابعدها .

علـــى هيئة التحكيم ، كان لصاحب الشأن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، باعتباره صـــاحب الولايـــة العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات التى قد تنشأ بين الأفـــراد ، والجماعات داخل الدولة - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص [1] .

---

(١) أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٣٤ ، ص ١١٥ .

الفصل الثالث

الخلاف فـــى الفقه ، وأحكام القضاء بصدد تحديد الطبيعة القانونية للدفع بوجود الإتفاق على التحكيم

تمهيد ، وتقسيم :

ثـــار الخلاف فى الفقه ، وأحكام القضاء حول تحديد الطبيعة القانونية للدفع بوجـــود الإتفاق على التحكيم ، وهل هو دفعا بعدم الإختصاص ؟ . أم دفعا بعدم القبول ؟ . أم أنه غير ذلك ؟ :

ثـــار الخلاف فى الفقه ، وأحكام القضاء حول تحديد الطبيعة القانونية للدفع بوجود الإتفاق علـــى التحكـــيم ، وهل هو دفعا بعدم الإختصاص ؟ . أم دفعا بعدم القبول ؟ . أم أنه غير ذلك ؟ . فمن قائل أنه دفعا بعدم الإختصاص . ومن قائل أنه دفعا بعدم القبول . ومن قائل أنه غير ذلك ، وقد انعكس هذا الخلاف على لغة التشريع المقارن ، كما سوف يتضح لنا من خلال الشروح التالية .

إتجاهان رئيسيان بارزان حول طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم فى الفقه ، وأحكام القضاء :

الإتجاهـــان الرئيسيان البارزان حول طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم فى الفقه ، وأحكام القضاء هما :

الإتجـــاه الأول – أن الدفـــع بوجـــود الإتفـــاق على التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

ويســـود هذا الإتجاه فى فرنسا ، وإيطاليا ، وتبناه المشرع الوضعى الفرنسى صراحة فى المادة (١٤٥٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية .

والإتجاه الثانى – أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم القبول :

ويأخذ بهذا الإتجاه جانب كبير من الفقه فى مصر ، ومحكمة النقض المصرية . وكذلك ، المـــادة (١٣) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

وهـــناك إتجاهات أخرى مغايرة حول طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، أعرض لها فى حينها .

وقبل أن أعرض لكل اتجاه من اتجاهات الفقه ، وأحكام القضاء حول طبيعة الدفع بوجود الإتفـــاق على التحكيم على حدة ، وتقييمه ، ويمكننا أن نعرض لهذه الإتجاهات ، وموقفنا منها ، فإننى سوف أعرض لضابط التفرقة بين الدفع بعد الإختصاص ، والدفع بعد القبول ، والأهمية النظرية ، والعملية لتحديد الطبيعة القانونية للدفع بوجود الإتفاق على التحكيم . وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفصل إلى سبعة مباحث :

المبحث الأول : ضابط التفرقة بين الدفع بعدم الإختصاص ، والدفع بعدم القبول .

المبحـــث الثانى : الأهمية النظرية ، والعملية لتحديد طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم .

المبحث الثالث : الإتجــــاه الأول : الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمـــة بنظر النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم .

المبحث الرابع – الإتجاه الثانى : الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية .

المبحث الخامس – الإتجاه الثالث : الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بنقص فى ولاية المحكمة المختصـــة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لـــو لـــم يـــوجد اتفاقـــا علـــى التحكيـــم .

المبحـــث السادس – الإتجاه الرابع : الدفع بوجود الإتـــفاق على التحكيم هو دفعا إجرائـــيا بـــبطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعـــى " عدم قابلية المطلـــوب فيها لأن يكون محلا لها " .

المبحث السابع : طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم من وجهة نظر الباحث .
وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول

ضابط التفرقة بين الدفع بعــدم الإختصاص والدفـــــــــع بعــــــدم القبـــــول [1]

الدفـــع L'exception بمعـــناه العـــام يطلـــق علـــى كل وسائل الدفاع moyens de defense الـــتى يقدمهـــا الخصـــم فى الدعوى القضائية ، للإجابة على طلبات خصمه فيها ، بقصد تفادى الحكم له بها :

الدفـــع L'exception بمعـــناه العـــام يطلـــق على كل وسائل الدفاع moyens de defense التى يقدمها الخصم فى الدعوى القضائية ، للإجابة على طلبات خصمه فيها ، بقصـــد تفـــادى الحكـــم له بها - **سواء كانت موجهة إلى الخصومة القضائية ، أو إلى إجـــراءاتها ، أو موجهـــة إلـــى موضـــوع الحق المدعى به ، أو إلى سلطة الخصم فى استعمال دعواه القضائية ، منكرا حقه فيها** [2] .

الدفـــع بمعـــناه الخاص فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية هو الدفع الموجه إلى إجراءات الخصومة القضائية ، أو إلى سلطة المحكمة بشأنها :

---

[1] فى بـــيان ضابط التفرقة بين الدفع بعدم الإختصاص ، والدفع بعدم القبول ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٣٦ ، ص ١٢٠ ، ومابعدها .

[2] فى دراسة أحكام الدفوع بصفة عامة ، أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الدفوع فى قانون المرافعات – ط ١ – ١٩٨٠، ط٢ – ١٩٨٨ ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، أمينة مصطفى النمر – قوانين المرافعات – الكتاب الأول – ١٩٨٢ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١١١ ، ومابعدها ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٢ – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٢٠٠ ، ومابعدها ، أحمد الســـيد صاوى – الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ط٢ – ١٩٨٧ – دار النهضة العربـــية بالقاهرة – ص ١١٧ ، ومابعدها ، نبيل إسماعيل عمر – الدفع بعدم القبول ، ونظامه القانونى فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ط١ – ١٩٨١ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

الدفـــع بمعـــناه الخـــاص فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية هو الدفع الموجه إلى إجـــراءات الخصـــومة القضائية ، أو إلى سلطة المحكمة بشأنها [1] . وهى بصفة عامة ، الدفـــوع الإجرائـــية - **كالدفع ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى القضائية ، أو الدفع بعدم اختصـــاص المحكمـــة** ، **وغـــيرها** - أمـــا وسائل الدفاع الموجهة إلى موضوع الدعوى القضـــائية ، فإنهـــا تعرف بالدفوع الموضوعية . أما الوسائل التى ينكر بها الخصم على خصمه سلطته فى استعمال الدعوى القضائية ، فتعرف بالدفوع بعدم القبول [2] .

فـــى كـــل من الدفع بعدم الإختصاص ، والدفع بعدم القبول يطلب المتمسك بالدفع من المحكمة عدم الفصل فى الدعوى القضائية ، وإنما هو فى الحالة الأولى ينكر عليها اختصاصها ، وولايتها فى نظر الدعوى القضائية . بينما فى الحالة الثانية ينكر فقط سلطتها فى سماع الدعوى القضائية :

فـــى كـــل مـــن الدفـــع بعدم الإختصاص ، والدفع بعدم القبول يطلب المتمسك بالدفع من المحكمـــة عـــدم الفصـــل فى الدعوى القضائية ، وإنما هو فى الحالة الأولى ينكر عليها اختصاصـــها ، وولايـــتها فـــى نظر الدعوى القضائية . بينما فى الحالة الثانية ينكر فقط ســـلطتها فى سماع الدعوى القضائية . **وبعبارة أخرى ، فإنه فى الدفع بعدم الإختصاص** يتمسك الخصم بمنع المحكمة من سماع الدعوى القضائية ، **لأنها تخرج عن حدود ولايتها** . بيـــنما فى الدفع بعدم القبول ، يتمسك الخصم بمنع المحكمة من سماع الدعوى القضائية لســـبب ما ، **مع تسليمه باختصاصها القضائى بنظرها . فالتمسك بعدم الإختصاص يكون** فى حالة رفع الدعوى القضائية بالمخالفة لقواعد الإختصاص المقررة فى القانون الوضعى . بيـــنما لايحصل التمسك بعدم القبول إلا إذا أنكر الخصم سلطة خصمه فى الإلتجاء إلى القضـــاء العـــام فـــى الدولـــة ، مع تسليمه باختصاص المحكمة بنظر الدعوى القضائية المرفوعة إليها .

---

[1] أنظـــر : أحمـــد أبو الوفا - نظرية الدفوع فى قانون المرافعات - ط٨ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١١ ، ومابعدها .

[2] أنظر : أحمد أبو الوفا - الإشارة المتقدمة .

كثيرا ماتدق التفرقة بين الدفع بعدم الإختصاص ، والدفع بعدم القبول ، لأن الخصـــم فـــى كل منهما يتمسك بمنع المحكمة من نظر الدعوى القضائية . ولهذا السبب ، يختلط الأمر فى بعض الأحيان :

كثيرا ماتدق التفرقة بين الدفع بعدم الإختصاص ، والدفع بعدم القبول ، لأن الخصم فى كل مـــنهما يتمسك بمنع المحكمة من نظر الدعوى القضائية . ولهذا السبب ، يختلط الأمر فى بعض الأحيان ، لأن تعبير الدفع بعدم الإختصاص يفيد – لغة – مدلولا واسعا ، قد يتسع لكثـــير مـــن الدفوع بعدم القبول . فيصح لغة أن يوصف الدفع بالحجية القضائية بأنه من الدفوع بعدم الإختصاص ، على تقدير أن المحكمة لاتختص بنظر دعوى سبق الفصل فيها . ويصـــح كذلـــك لغة أن يوصف الدفع برفع الدعوى القضائية بعد الميعاد المقرر قانونا لرفعها بأنه من الدفوع بعدم الإختصاص ، على تقدير أن المحكمة لاتختص بنظر الدعوى القضـــائية ، إذا رفعـــت إلـــيها بعد الميعاد المقرر قانونا لرفعها . ويصح لغة أن يقال أن المحكمة لاتختص بدعوى الحيازة ، إذا بادر المدعي برفع دعوى المطالبة بأصل الحق .

أمـــا اصـــطلاحا ، فإنه لابد من التحديد ، لأن مخالفة قواعد الإختصاص القضائى – أى القواعد التى توزع الإختصاص القضائى على المحاكم المختلفة – هى وحدها التى تنشئ دفعـــا بعـــدم الإختصاص . بينما إنكار سلطة الخصم فى الإلتجاء إلى القضاء – أيا كانت المحكمة المرفوع إليها النزاع – هو وحده الذى ينشئ دفعا بعدم القبول [1] .

حددت الأنظمة القانونية الوضعية إختصاص كل جهة قضائية " أى نصيبها مـــن المنازعات التى يجوز لها أن تفصل فيها " ، واختصاص كل طبقة فى الجهة القضائية الواحدة ، واختصاص كل محكمة فيها :

حددت الأنظمة القانونية الوضعية إختصاص كل جهة قضائية " أى نصيبها من المنازعات الـــتى يجـــوز لها أن تفصل فيها " ، واختصاص كل طبقة فى الجهة القضائية الواحدة ، واختصاص كل محكمة فيها .

---

[1] أنظـــر : أحمـــد أبـــو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٤٤ ، ص ١٢٣ ، ومابعدها .

الإختصـــاص القضائى المتعلق بالوظيفة ، أو الولاية هو : نصيب كل جهة قضائية من ولاية القضاء ، وهو يتحدد حسب نوع الدعوى القضائية :

الإختصـــاص القضـــائى المتعلق بالوظيفة ، أو الولاية هو : نصيب كل جهة قضائية من ولاية القضاء ، وهو يتحدد حسب نوع الدعوى القضائية ، فالمنازعات الإدارية تخرج عن اختصـــاص جهـــة القضاء العادى ، لتختص بها جهة القضاء الإدارى . وأعمال السيادة تخرج عن اختصاص جميع المحاكم فى الدولة .

الإختصاص القضائى النوعى competence a raison de la matiere هــو : نصيب الطبقة الواحدة من طبقات جهة قضائية معينة من المنازعات التى يجوز لها الفصل فيها :

الإختصـــاص القضـــائى الـنوعى competence a raison de la matiere هو : نصيب الطبقة الواحدة من طبقات جهة قضائية معينة من المنازعات التى يجوز لها الفصل فـــيها ، وهـــو يتحدد أيضا بحسب نوع الدعوى القضائية ، كما يتحدد بحسب قيمتها ، أو بحسب درجات التقاضى المقررة فى الأنظمة القانونية الوضعية ، ومدى جواز التقيد بها ، أو التحلل منها .

الإختصاص القضائى المحلى ، أو المركزى competence territoriale de siege du tribunal ou competence a raison هــو : نصـــيب المحكمة الواحدة من القضاء العام فى الدولة :

الإختصـــاص القضـــائى المحلـــى ، أو المركـــزى competence territoriale ou de siege du tribunal competence a raison هو : نصيب المحكمة الواحدة من القضاء العام فى الدولة ، ويتحدد بمراعاة موطن الخصوم ، وبمراعاة مركز المحكمة .

الدعــوى القضائية هى : سلطة الإلتجاء إلى القضاء ، للحصول على تقرير حق ، أو حمايته ، أو الوصول إلى احترام القانون :

الدعــوى القضــائية هــى : سلطة الإلتجاء إلى القضاء ، للحصول على تقرير حق ، أو حمايته ، أو الوصول إلى احترام القانون [1] .

هــناك شروطا عامة مقررة لقبول الدعوى القضائية ، وأيضا هناك شروطا أخــرى قــد تقــررها الأنظمة القانونية الوضعية بالنسبة لبعض الدعاوى القضائية الخاصة :

هــناك شــروطا عامـــة مقررة لقبول الدعوى القضائية ، وأيضا هناك شروطا أخرى قد تقــررها الأنظمـــة القانونية الوضعية بالنسبة لبعض الدعاوى القضائية الخاصة ، وبغير توافــر هذه الشروط ، وتلك ، يمتنع على المحاكم نظر الدعوى القضائية ، أو تحكم بعدم جواز سماعها ، أو عدم جواز نظرها ، أو عدم قبولها .

تخلــف شــرطا من شروط قبول الدعوى القضائية ينشئ دفعا بعدم قبولها Fin de non recevoire ou de non valoire ou de non proceder :

تخلــف شرطا من شروط قبول الدعوى القضائية ينشئ دفعا بعدم قبولها **Fin de non recevoire ou de non valoire ou de non proceder** .

الدفــع بعــدم الإختصاص مجاله عندما ترتكب مخالفة لقواعد الإختصاص القضائى الشكلية ، والمقررة فى الأنظمة القانونية الوضعية :

الدفع بعدم الإختصاص مجاله عندما ترتكب مخالفة لقواعد الإختصاص القضائى الشكلية ، والمقــررة فى الأنظمة القانونية الوضعية ، فترفع الدعوى القضائية إلى محكمة لاتختص بها ، وإنما تدخل فى اختصاص محكمة أخرى ، أو جهة قضائية أخرى ، أو لاتختص بها

---

[1] أنظر : أحمد أبو الوفا – نظرية الدفوع فى قانون المرافعات – ص ٢٢٦ ، ومابعدها ، المرافعات المدنية والتجارية – ص ١١٦ ، ومابعدها .

أيــة محكمــة من المحاكم ، أو تختص بها فقط لجان إدارية ذات اختصاص قضائى ، أو لجان قضائية .

مجال الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية عندما تكون المحكمة مختصة بنظر الدعــوى القضــائية ، وفقا للقواعد الشكلية المقررة فى الأنظمة القانونية الوضــعية ، وإنما تكون سلطتها منتفية ، لتخلف شرطا عاما من الشروط المقــررة فــى الأنظمــة القانونية الوضعية لقبول الدعاوى القضائية ، أو لتخلف شرطا من الشروط المقررة لقبول الدعاوى القضائية بالذات :

يكــون مجال الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية – **أى بانتفاء سلطة الخصم فى الإلتجاء إلــى القضاء العام فى الدولة** – عندما تكون المحكمة مختصة بنظر الدعوى القضائية ، وفقا للقواعد الشكلية المقررة فى الأنظمة القانونية الوضعية ، وإنما تكون سلطتها منتفية ، لـتخلف شــرطا عاما من الشروط المقررة فى الأنظمة القانونية الوضعية لقبول الدعاوى القضائية ، أو لتخلف شرطا من الشروط المقررة لقبول الدعاوى القضائية بالذات ، وسائر هذه الشروط العامة ، أو الخاصة تكون متصلة بعنصر من عناصر الحق ، لأن الحق هو مصــلحة يحمــيها القــانون ، ومن الطبيعى أنه إذا قيدت الأنظمة القانونية الوضعية هذه الحمايــة ، فــإن هذا القيد يرد على ذات سلطة الخصم فى الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، ولاشأن له على وجه الإطلاق بأمر اختصاص المحكمة بنظر الدعوى القضائية ، أو عدم اختصاصها بها .

تكــون الدعوى القضائية ، أو سلطة الخصم فى الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة أمرا موضوعيا بحتا :

الدعــوى القضائية ، أو سلطة الخصم فى الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة يكون أمرا موضــوعيا بحتا ، فالقانون الموضوعى هو الذى يحدد مدى جواز الإلتجاء إلى القضاء ، لحماية الحق .

المبحث الثانى
الأهميـــة النظريـــة ، والعمليـــة لتحديـــــد طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم [1]

حـــل مسألة طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم لاتقتصر على الأهمية الـــنظرية فقط ، بتحديد إلى أى نوع من أنواع الدفوع ينتمى الدفع بوجود الإتفـــاق على التحكيم ؛ وإنما هذا الأمر تكون له أهمية عملية بالغة ، من حيث تحديد القواعد التى يخضع لها الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، من حيـــث وقت إبدائه ، وقت الفصل فيه ، وقوة الحكم القضائى الصادر فيه ، وهـــل يخضـــع فى ذلك لقواعد الدفوع الإجرائية ؟ أم لقواعد الدفوع بعدم القبول ؟ :

حل مسألة طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم لاتقتصر على الأهمية النظرية فقط ، بتحديد إلى أى نوع من أنواع الدفوع ينتمى الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، وإنما هذا الأمـــر تكون له أهمية عملية بالغة ، من حيث تحديد القواعد التى يخضع لها الدفع بوجود الإتفـــاق علـــى التحكيم ، من حيث وقت إبدائه ، وقت الفصل فيه ، وقوة الحكم القضائى الصـــادر فـــيه ، وهل يخضع فى ذلك لقواعد الدفوع الإجرائية ؟ أم لقواعد الدفوع بعدم القـــبول ؟ ، ذلك لأن كل نوع من الدفوع له قواعد خاصة تحكمه ، باعتبار أن الدفع بعدم الإختصـــاص يدخل فى طائفة الدفوع الشكلية ، أو الدفوع الإجرائية البحتة ، وهى تقابل الدفوع الموضوعية . بينما يعدُّ الدفع بعدم القبول نوعا ثالثا من الدفوع ، ويخضع كل نوع من هذه الدفوع لقواعد قانونية خاصة به .

يجب أن يبدى الدفع الإجرائى قبل الكلام فى موضوع الدعوى القضائية :

يجب أن يبدى الدفع الإجرائى قبل الكلام فى موضوع الدعوى القضائية ، إذ توجب المادة (١٠٨) مـــن قـــانون المـــرافعات المصـــرى إبداء الدفوع الإجرائية معا قبل التكلم فى

---

[1] فى بيان الأهمية النظرية ، والعملية لتحديد طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٣٥ ، ص ١١٧ ، ومابعدها .

موضوع الدعوى القضائية ، أو الدفع بعدم القبول ، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ، كما يجب إبداء مالم يسقط منها فى صحيفة الطعن ، مالم يكن الدفع متعلقا بالنظام العام .

يجوز إبداء الدفوع الموضوعية فى أية حالة تكون عليها الدعوى القضائية ، ولو لأول مرة أمام محكمة الإستئناف :

يجـوز إبـداء الدفوع الموضوعية فى أية حالة تكون عليها الدعوى القضائية ، ولو لأول مـرة أمـام محكمـة الإسـتئناف ، وهو مانصت عليه المادتان (١٢٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (١١٥) من قانون المرافعات المصرى بالنسبة للدفع بعدم القبول ، ، حيـث أجازتـا إبداء الدفع بعدم القبول فى أية حالة تكون عليها الدعوى القضائية ، مع عـدم الإخـلال بالحكم بالتعويضات إن كان لها وجه على من يتعمد التمسك به متأخرا ، بقصد تأخير نظر الدعوى القضائية .

لكـل نوع من أنواع الدفوع الإجرائية ، والدفوع بعدم القبول أحكاما خاصة بها من حيث وقت الفصل فيها :

لكـل نوع من أنواع الدفوع الإجرائية ، والدفوع بعدم القبول أحكاما خاصة بها من حيث وقت الفصل فيها .

تفصل المحكمة فى الدفع الإجرائى على استقلال ، وقبل الفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، إلا إذا رأت أن الدفع يرتبط بموضوع الدعوى القضائية ، فإنها تقرر ضمه :

تفصـل المحكمـة فى الدفع الإجرائى على استقلال ، وقبل الفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، إلا إذا رأت أن الدفع يرتبط بموضوع الدعوى القضائية ، فإنها تقرر ضمه .

تكون المحكمة غير ملزمة بأن تفصل فى الدفع بعدم القبول على استقلال ، وإنما تفصل فيه مع موضوع الدعوى القضائية :

تكون المحكمة غير ملزمة بأن تفصل فى الدفع بعدم القبول على استقلال ، وإنما تفصل فيه مع موضوع الدعوى القضائية [(١)] .

لكل نوع من أنواع الدفوع الإجرائية ، والدفوع بعدم القبول أحكامه الخاصة ، من حيث قوة الأحكام القضائية الصادرة فيها :

لكل نوع من أنواع الدفوع الإجرائية ، والدفوع بعدم القبول أحكامه الخاصة ، من حيث قوة الأحكام القضائية الصادرة فيها .

الحكم القضائى الصادر فى الدفع الإجرائى لايستنفد سلطة محكمة أول درجة بالنسبة لموضوع الدعوى القضائية :

الحكم القضائى الصادر فى الدفع الإجرائى لايستنفد سلطة محكمة أول درجة بالنسبة لموضوع الدعوى القضائية ، لأنه غير فاصل فيه ، ولايمنع من أن ترفع الدعوى القضائية من جديد . ولذا ، فإنه إذا ألغته المحكمة الإستئنافية ، فإنها لاتفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، وإنما تعيد القضية لمحكمة أول درجة ، للفصل فيه ، حتى لاتفوت على المتقاضين إحدى درجتى التقاضى ، بالنسبة لموضوع الدعوى القضائية [(٢)] .

---

(١) عكس هذا : وجدى راغب فهمى – مبادئ – ص ٤٢٤ . حيث يرى سيادته أنه مادام أن المشرع الوضعى قد سكت عن تحديد وقت الفصل فى الدفع بعدم القبول ، فإن وظيفته تقتضى الفصل فيه على استقلال ، وقبل الفصل فى موضوع الدعوى القضائية .

(٢) فى دراسة أحكام الدفوع الإجرائية ، ونظامها القانونى ، أنظر : نبيل إسماعيل عمر – المرافعات المدنية ، والتجارية – ط١ – ١٩٨١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٥٣٣ ، ومايليه ، ص ٥٩٩ ، ومابعدها ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٢ – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٢٧٩، ٢٨٠ ، ص ٥٤٨ ، ومابعدها ، عبد الباسط جميعى ، عزمى عبد الفتاح – الوجيز فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ط١ – ١٩٨٧ – ص ٢٠٧ ، ومابعدها ، وجدى راغب فهمى – مبادئ القضاء المدنى – ط١ – ١٩٨٧ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ٤١٣ ، ومابعدها .

يستنفد الحكم القضائى الصادر فى الدفع الموضوعى من محكمة أول درجة سلطتها :

يستنفد الحكم القضائى الصادر فى الدفع الموضوعى من محكمة أول درجة سلطتها ، فإذا ألغته محكمة الإستئناف ، فإنها تنظر موضوع الدعوى القضائية ، والذى سبق وأن فصلت فيه محكمة أول درجة .

فــيما يــتعلق بــالحكم القضــائى الصادر من المحكمة بعدم قبول الدعوى القضــائية ، فإن المسألة تكون محل خلاف ، فيما يتعلق باستنفاده لسلطة محكمة أول درجة فى موضوع الدعوى القضائية – من عدمه :

فــيما يــتعلق بــالحكم القضائى الصادر من المحكمة بعدم قبول الدعوى القضائية ، فإن المســألة تكون محل خلاف ، فيما يتعلق باستنفاده لسلطة محكمة أول درجة فى موضوع الدعوى القضائية – من عدمه ، فبينما تصر محكمة النقض المصرية – وقد أيدها فى ذلك جانب من الفقه [1] – على أنه يستنفد سلطة محكمة أول درجة فى موضوع الدعوى القضائية [2] ، بحيــث إذا ألغته المحكمة الإستئنافية ، وجب عليها أن تتصدى للفصل فى موضوع الدعــوى القضــائية ، والــذى سبق وأن فصلت فيه محكمة أول درجة [3] ، يؤكد الرأى الــراجح فى الفقه أنه لايستنفد هذه السلطة ، وأن على محكمة الإستئناف إذا ألغته أن تعيد القضــية إلى محكمة أول درجة ، والتى حكمت بعدم قبول الدعوى القضائية ، ولم تفصل فى موضوعها بعد [3] .

---

[1] راجــع أحكــام محكمة النقض المصرية ، والتى ترى أن الحكم القضائى الصادر بعدم قبول الدعوى القضائية يستنفد سلطة محكمة أول درجة فى موضوع الدعوى القضائية : نقض مدنى مصرى – جلسة ٣/٥/١٩٥١– س (٢١) – ص ٧٧٥ ، ١٩٦٧/٦/٢٢ – س (١٨) – ص ١٣٣٩ ، ١٩٦٨/٢/٢٨ – س (١٩) – ص ٤٠٩ ، ١٩٨٠/٢/٢٣ – س (٣١) – ص ٥٨٨ ، ١٩٨٠/٤/٢٦– مجموعــة المكتب الفنى – س (٣١) – ص ١٢٢٣ ، ١٩٨٣/٣/١٥ – س (٢٩) – ص ٧٥١ .

[2] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٧/٢/٢ – الطعن رقم (٣٢٥) – س (٣٠) ق ، ١٨/١٩٧٤/١٢ – س (٢٥) – ص ١٥١٩ ، ١٩٧٤/٢/٥ – س (٢٥) – ص ٢٨٥ .

(٢) أنظــر فى هذا الرأى : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات – الجزء الثانى – ١٩٥٧ – مطــبعة الآداب بالقاهرة – – بند ٧٨٨ ، ص ٣٠٧ ، أحمد أبو الوفا – المرافعات

الدفـــع بعـــدم قبول الدعوى القضائية يتعلق بالنظام العام . ومن ثم ، فإنه يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، إلا إذا كان سبب عدم القبول هـــو الـــتقادم ، فينقلب الدفع هنا إلى دفع موضوعى ، يجب التمسك به من صاحب المصلحة فيه :

الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية يتعلق بالنظام العام . ومن ثم ، فإنه يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، إلا إذا كان سبب عدم القبول هو التقادم ، فينقلب الدفع هنا إلى دفع موضوعى ، يجب التمسك به من صاحب المصلحة فيه [1] .

المدنية ، والتجارية — — ط١٤ — ١٩٨٦ — منشأة المعارف بالأسكندرية — بند ٢٠٩ ، ص ٣٣٣ ، نبيل إسماعيل عمر — أصول المرافعات المدنية ، والتجارية — ١٩٨٦ — منشأة المعارف بالأسكندرية — بند ٢٠٧ ، ص ٣٣٢ ، وجدى راغب فهمى — مبادئ الخصومة المدنية — دار الفكر العربى بالقاهرة — ص ٤٢٦ ، فتحى والى — الوسيط فى قانون القضاء المدنى — ط٣ — ١٩٩٣ — بند ٢٨٧ ، ص ٣٩٤ .

(١) فى دراسة أحكام الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية ، أنظر :

MOHAMMED ABDEL KHALIK : La notion d'irrecevabilite en droit judiciaire prive , These . Paris , 1987 , specialement : P. 200 et s .

وانظـــر أيضـــا : نبيل إسماعيل عمر — الدفع بعدم القبول ، ونظامه القانونى — ط١ — ١٩٨١ — منشأة المعـــارف بالأســـكندرية — بند ٣٠ ، ومايليه ، ص ٤٣ ، ومابعدها ، بند ١١٨ ، ومايليه ، ص ١٨٥ ، ومابعدها ، أصول المرافعات المدنية ، والتجارية — ط١ — ١٩٨٦ — منشأة المعارف بالأسكندرية — بند ٥١٤ ، ومايليه ، ص ٥٧٧ ، ومابعدها ، بند ٥٤١ ، ومايليه ، ص ٦١٣ ، ومابعدها ، أحمد أبو الوفا — نظرية الدفوع فى قانون المرافعات — ط٦ — ١٩٨٥ — منشأة المعارف بالأسكندرية . وبصفة خاصة ، ص ١١٦ ، ومابعدهـــا ، أحمـــد حشيش — الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات — كلية الحقوق — جامعة الأسكندرية — ١٩٨٦ — وخاصة — ص ٩٥ ، ومابعدها ، فتحى والى — الوسيط فى قانون القضاء المدنى — ط٢ — ١٩٨٦ — دار النهضة العربية بالقاهرة — بند ٢٨١ ، ومايليه ، ص ٥٥٦ ، ومابعدها .

المبحث الثالث

الإتجـــاه الأول

الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمـــة بنظر النزاع موضوع الإتفاق علــــى التحكيم

تقسيم :

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مضمون الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

المطلـــب الثانى : أسانيد الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

المطلـــب الثالث : تقييم الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم إختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول
مضمون الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمـــة بنظـــر النزاع موضـــوع الإتفـــاق على التحكيم

ذهب الرأى السائد فى الفقه ، وأحكام القضاء الفرنسيين ، وجانب من الفقه الإيطـــالى ، تؤيده محكمة النقض الإيطالية فى بعض أحكامها ، وجانب من الفقـــه فى مصر ، وبعضا من أحكام محكمة النقض المصرية ، وبعضا من القوانين الوضعية إلى القول بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

ذهـــب الـــرأى الســـائد فـــى الفقـــه [1] ، والقضاء (٢) الفرنسيين ، وجانب من الفقه الإيطالى [3] ، تؤيده محكمة النقض الإيطالية فى بعض أحكامها [4] ، وجانب من الفقه فى

---

[1] أنظر فى الفقه الفرنسى المؤيد لاعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم الاختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

GLASSON , TISSIER et MPREL : op . cit . , N. 1816 ; MOREL (RENE) : op . cit . , N .721 , P . 549 ; RUBELLIN – DEVICHI : La nature juridique de l'arbitrage , N. 178 , N . 271 ; JEAN – VINCENT : Procedure civile , dix – neuvieme edition , 1978 , Dalloz , Paris , N. 813 , P. 1044 ; VINCENT (JEAN) , GUINCHARD (SERGE) : Procedure civile , 2e ed , Paris , Dalloz , 1981 , N. 369 , P. 163 , 22e ed . 1991 , N .1369 ; Civ 1er Oct et 6 Nov . 1990 , G. P. 1991. Som . 348 obs ; JEAN – ROBERT : Arbitrage civile et commercial , cinquieme edition , 1983 , Dalloz , N. 122 , P . 103 ; Repertoire De Droit civil , N. 217 ; Repertoipe De Droit commercial , 90 ; Repertoire De Droit procedure civile , N. 111 ; CROZE et MOREL : Rev . arb . 1991 , 73 ; Com . 10 Juin , 1986 , Rev . arb , 1986 , Note : P. BLOCHE ; 12 Fev , 1985 , P . 1985 , 225 , obs : BLOCHE .

مصــر [1] ، وبعضــا من أحكام محكمة النقض المصرية [2] ، [3] ، وبعضا من القوانين الوضــعية [4] إلــى القول بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وفى دراســة موقــف الفقه الفرنسى من طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٤ ، ١٥٥ .

(٢) من أحكام القضاء الفرنسى التى أخذت بالإتجاه القائل باعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر :

JEAN - VINCENT , GABRIEL MONTAGNIER , ANDRE VARIARD : La justice et ses institutions , deuxieme edition , 1985 , Dalloz , N. 813 , P. 1044 ; Repertoire de Droit procedure civile , N . 111 et s ; Repertoire de Droit commercial , N. 92 et s .

وفى دراســة موقف القضاء الفرنسى من طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٣ .

[3] راجــع الفقــه الإيطــالى المشار إليه لدى : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط١ – ١٩٨٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٩٣١ – الهامش رقم (٢) ، ط٢ – ١٩٨٦ – ص ٩٠١ – الهامش رقم (٢) ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – الجزء الأول – إتفــاق التحكيم – ١٩٩٠ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ٨٥ ، ص ٢٥٠ – الهامش رقم (١) ، أحمــد ماهر زغلول – أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ، ص ٢٢٥ – الهامش رقم (٣) .

[4] أنظر فى أحكام القضاء الإيطالى المشار إليها لدى : وجدى راغب فهمى – طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم – ورقة عمل مقدمة فى مؤتمر حول التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى – العريش فى الفترة من (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٨٧ ، ضمن مجموعة أبحاث المؤتمر ، والتى أعدها ، وجمعها الأســتاذ الدكتور / أحمد جامع – ١٩٨٨ – المطبعة العربية الحديثة بالقاهرة – ص ١٠٤ – الهامش رقم (١٣) .

(١) أنظـر فى الفقـه المصرى الذى اعتبر الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمـة بـنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم : عبد المنعم الشرقاوى – شرح المرافعات – ص ٦٦٢ ، رمـزى سـيف – قواعد تنفيذ الأحكام – بند ٦٥ ص ٦٨ ، محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات – ص ٧٤٧ ، أحمد أبو الوفا – نظرية الدفوع فى قانون المرافعات – ط٦ – ١٩٨٠ – منشأة المعـارف بالأسـكندرية – بند ١١ ص ٢٩ ، ٣٠ ، حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشـار إليها – بند ٣٨ ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، محمد شوقى شاهين – الشركات المشتركة – ص ٤٨٧ ، ٤٨٨ ، أسـامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – ص ٤١٤ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٨٦ ص ٢٦٢ . حيث يرى سيادته أن الدفع بوجود الإتفاق عـلى التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمة وظيفيا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لأنه لايتعلق بشروط الدعوى القضائية . ومن ثم ، فإن الدعوى القضائية التى يرفعها المدعى أمام القضاء العام فى الدولة بخصوص النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تكون مقبولة ، لتوافر شروطها .

وفى دراسـة موقـف الفقه فى مصر من طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٤٨ ، ١٤٩ .

(٢) وتكشف أحكام محكمة النقض المصرية عن اعتمادها لهذا التصور فى خطوطه الرئيسية ، فهى تعترف بالأثـر المنشئ للإتفاق على التحكيم فى قيام اختصاص المحكم ، أو هيئات التحكيم ، وهو مايقيد بالتبعية لذلـك من اختصاص القضاء العام فى الدولة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : نقض مـدنى مصرى – جلسة ١٩٥٩/١٠/٢٩ – المجموعة ١٠– ٦٠٥ ، ١٩٦٦/٥/٢٤ – المجموعة ١٧ – ١٢٢٣ ، ١٩٦٩/٤/١٠ – المجموعة ٢٠ – ٥٨٨ ، ١٩٧٠/٤/١٤– المجموعة ٢١ – ٥٩٨ ، ١٩٧٣/٢/٨ – المجموعـة ٢٤– ١٦٩ ، ١٩٧٣/٤/١٤ – المجموعـة ٢٤ – ٦٠٢ ، ١٩٧٤/٥/١٢ – المجموعـة ٢٥ – ٨٥٩ ، ١٩٧٤/١١/٣٠ – المجموعة ٢٥ – ١٥٠٦ ، ١٩٧٦/١/٦ – المجموعة ٢٧ – ١٣٨ ، ١٩٧٧/٤/٥ المجموعة ٢٨ – ٢٩٣٢ ، ١٩٧٧/٥/١٦ – المجموعة ٢٨ – ١٢٠٨ ، ١٩٧٨/٣/٢٨ – المجموعـة ٢٩ – ٨٧٩ ، ١٩٧٩/٣/٢٧ – المجموعة (٣٠) – العدد الأول – ١٩٤١ ، ١٩٨١/١/١١ – مجموعة القواعد (نادى القضاة) – ١– ١ – ٣٨٣ – ٩٥٠ ، ١٩٨١/١/١٩ – مجموعـة القواعد ١ – ١ – ٣٨٥ – ٩٥١ ، ١٩٨٢/١/١٨ – الطعن رقم (٦١٥) – لسنة (٤٨) ق ، ١٩٨٢/٣/٣٠ – الطعـن رقـم (١٦٨) – لسـنة (٤٩) ق ، ١٩٨٢/٥/٢٠ – الطعن رقم (٦٠٠) – لسنة (٤٨) ق .

وأنظـــر فى أحكام محكمة النقض المصرية فى اعتمادها لهذا التصور ، والمشار إليها لدى : المؤلف – إتفاق التحكـــيم ، وقواعـــده – الرسالة المشار إليها – بند ٣٧ ، ص ١٢٦ – الهامش رقم (٣) ، أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ، ص ٢٢٦ – الهامش رقم (٣) ، أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٤٩ ، ومابعدها ، والهوامش الملحقة .

وفى دراســـة موقف القضاء المصرى من طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٤٩ ، ومابعدها .

(٣) ويلاحظ أن التصور المعتمد من قبل محكمة النقض المصرية بخصوص طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكـــيم هـــو ماستقرت عليه كذلك بالنسبة للتحكيم فى منازعات القطاع العام ، أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٧/١٢/١٠ – فى الطعن رقم (١٠٦٧) – لسنة (٥٢) ق ، ١٩٨٧/٤/٨ – فى الطعن رقم (٦٢٢) – لسنة (٥٢) ق ، ١٩٨٧/١/٥ – فى الطعنين رقمى (٢٢٤٣) ، (٢٣٦٥) – لسنة (٥٢) ق ، ١٩٨٥/١٢/٣ – فى الطعن رقم (٣٣٧) – لسنة (٥٢) ق ، ١٩٨١/١/١٩ – س (٣٢) – ص ٢٣٠ ، ١٩٨٠/٢/٢ – فى الطعـــن رقم (٣٣٩) – لسنة (٥٢) ق ، مشارا لهذه الأحكام القضائية لدى : محمود محمد هاشم – الإشارة المتقدمة . وراجع كذلك الأحكام المشار إليها لـــدى : سامية راشد – التحكيم فى اطار المركز الإقليمى بالقاهرة – بند ٤٠ ، ص ٨٦ ، ٨٧ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٨٥ ، ص ٢٥٣ – الهامش رقم (٣) ، أســـامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤١٥ – الهامش رقم (١) .

(٤) فقـــد تبنـــت بعـــض القوانـــين الوضعية هذا التصور ، أذكر منها : المادة (١٤٥٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، والصادرة بالمرسوم رقم (٨١) – فى ١٩٨١/٥/١٢ ، بشأن التحكيم ، والتى تنص على أنه :

" إذا رفع أمام قضاء الدولة نزاعا إتصلت به محكمة تحكيم بمقتضى اتفاق تحكيم ، فيجب على هذا القضاء إعـــلان عـــدم اختصاصـــه . أما إذا كان النزاع لم يتصل بعد بهيئة التحكيم ، فعلى القضاء إعلان عدم اختصاصه ، طالما أن اتفاق التحكيم ليس واضحا بطلانه " .

ومفـــاد النص المتقدم ، أن القضاء العام فى الدولة يلتزم بالحكم بعدم اختصاصه بنظر النزاع المعقود بشأنه اتفاقا على التحكيم ، وقد فرقت مجموعة المرافعات الفرنسية فى هذا الشأن بين أمرين :

الأمر الأول – عرض النزاع بالفعل على محكمة التحكيم ، بناء على اتفاق بالتحكيم فى خصوصه ، سواء كان فى صورة شرط للتحكيم ، أم فى صورة مشارطة تحكيم : فإن عرض هذا النزاع على القضاء العام فى الدولـة ، كان عليه القضاء بعدم الإختصاص ، بناء على دفع مقدم إليه ، قبل إبداء أى دفاع فى الدعوى القضائية .

والأمـر الثانى – إذا لم يكن النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد عرض على محكمة التحكيم بعد ، ولكنه عرض على القضاء العام فى الدولة : كان على الأخير أيضا الحكم بعدم الإختصاص ، إلا إذا كان اتفاق التحكيم ظاهرا بطلانه .

فالتفرقة فى مجموعة المرافعات الفرنسية تكون قائمة بين حالة رفع الدعوى أمام القضاء العام فى الدولة بعد ، أو قبل اتصال هيئة التحكيم بالنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . ففى الحالتين ، يتحتم الحكم بعدم الإختصـاص ، وفى حالـة رفع الدعوى القضائية بعد اتصال هيئة التحكيم بالنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه يخول القاضى العام فى الدولة إمكانية عدم الحكم بعدم الإختصاص ، والتصدى للموضوع ، إذا تبين له البطلان الظاهر للإتفاق على التحكيم – كحالة خلو شرط التحكيم من تسمية أعضاء هيئة التحكيم ، أو بيان أسلوب اختيارهم ، أو خلو مشارطة التحكيم من تحديد موضوع النزاع .

وتـنص المادة (١٤٤٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية أن لرئيس المحكمة الإبتدائية إعلان عدم وجود محلا لتشكيل محكمة التحكيم ، إذا تبين له أن شرط التحكيم كان ظاهرا فى بطلانه ، أو غير كاف للسماح بإجراء التشكيل .

كما تنص المادة (١/١٤٥٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية على إلزام المحكمة بالحكم بعدم الإختصاص بـنظر نـزاع ، إتصـلت به محكمة التحكيم ، بمقتضى اتفاق تحكيم . أما إذا لم تكن المحكمة قد اتصلت بـالنزاع ، فـلا يحكم القضاء العام فى الدولة بعدم الإختصاص ، إذا تبين له بوضوح بطلان الإتفاق على التحكـيم ، ويلزم فى جميع الأحوال تمسك أحد الأطراف بالإتفاق على التحكيم ، فالقضاء فى مثل هذه الأحوال لايحكم تلقائيا بعدم اختصاصه .

فالمشـرع الوضعى الفرنسى يعطى القاضى الفرنسى إمكانية رفض الحكم بعدم الإختصاص ، إذا تبين له بطـلان الإتفاق على التحكيم ، رغم إقرار ه لمبدأ الإختصاص بالإختصاص . وكذلك ، إتفاقية نيويورك لعـام ١٩٥٨ ، بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية ، وتنفيذها ، والتى تلزم قضاء الدول بالحكم بالإحالة لوجود شرط التحكيم ، إذا تبين لها بطلان هذا الشرط (المادة الثانية فى فقرتها الثالثة) .

وفى دراسـة التحقق من البطلان الظاهر للإتفاق على التحكيم قبل عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكـيم عـلى هيئة التحكيم ، والتوسع فى نطاق سلطة المحكمة فى تقدير البطلان الظاهر للإتفاق على التحكيم ، وخصائص هذا ، ومدى إمكانية قبول الدعوى الوقائية ببطلان الإتفاق على التحكيم ، أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 84 et s .

إعتــبرت محكمـــة النقض الإيطالية الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعــدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وهو من الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام :

إعتــبرت محكمة النقض الإيطالية الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمـــة بــنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وهو من الدفوع الإجرائية غير المــتعلقة بالــنظام العام ، مثله فى ذلك مثل الدفع بعدم الإختصاص المحلى . ومن ثم ، لاتملـــك المحكمـــة الحكـــم به من تلقاء نفسها ، بل يلزم التمسك به أمامها ، وفى الميعاد المحدد للدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام ، أى قبل الكلام فى موضوع الدعوى القضائية ، وإلا سقط الحق فى إبدائه .

إختلاف أحكام القضاء فى فرنسا حول تحديد ماإذا كان الدفع بوجود الإتفاق علـــى التحكــيم يعــد دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، متعلقا بالنظام العام ؟ ، أم على العكس من ذلك ، يعد دفعـــا بعدم اختصاص المحكمة ، غير متعلق بالنظام العام ؟ ، وذلك بطبيعة الحـــال قـــبل صدور مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، والذى اعتبرت المادة (١٤٥٨) منها أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم

وانظر أيضا : محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ط١ – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٢١٣ ، ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٣٢ ، ص ٤٦ ، ومابعدها .

كمـــا أشـــار الأستاذ الدكتور / وجدى راغب فهمى فى بحثه طبيعة الدفع بالتحكيم – ص ١٠٥ إلى نص المادة (٥/١٧٣) من قانون المرافعات الكويتى ، والتى تنص على أنه :

" لاتختـــتص المحـــاكم بـــنظر المـــنازعات التى اتفق على التحكيم فى شأنها ، ويجوز النزول عن الدفع بعدم الإختصاص صراحة أو ضمنا " . كما أشار سيادته – فى نفس المرجع – لنص المادة (٨٢٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانى ، والتى تنص على أنه :

" الفقرة التحكيمية تجيز للطرف الذى استحضر بغير حق لدى إحدى المحاكم أن يتذرع بالدفع المعروف " بدفـــع الاصلاحية " ، وهو التعريف المستخدم فى القانون اللبنانى للدفع بعدم الإختصاص . ومشار ا إليها كذلك لدى : على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٢٠١ .

اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، غير متعلق بالـنظام العـام ، وإنمـا يتعلق بالمصلحة الخاصة للأطراف المحتكمين ، ولايجوز أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها :

إختلفـت أحكام القضاء فى فرنسا حول تحديد ماإذا كان الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعـد دفعـا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، متعلقا بالنظام العام ؟ ، أم على العكس من ذلك ، يعد دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضـوع الإتفـاق على التحكيم ، غير متعلق بالنظام العام ؟ ، وذلك بطبيعة الحال قبل صـدور مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، والذى اعتبرت المادة (١٤٥٨) منها أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، غير متعلق بالنظام العام ، وإنما يتعلق بالمصلحة الخاصة للأطراف المحتكميـن ، ولايجوز أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ، إذ ذهب فى بعض أحكامه إلـى اعتـبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم من قبيل الدفوع بعدم اختصاص المحكمة بـنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمتعلقة بالنظام العام **Incompetence absolue** [1] . بيـنما ذهبـت بعض أحكام القضاء الأخرى فى فرنسا إلى اعتباره دفعا

---

(١) أنظر :

Paris , 13 Decembre , 1850 . G . P . 1951 . 1 . 269 ; Lyon . 20 Decembre . 1954 . D. 1955 . 142 ; Cass . Com . 23 Janv . 1951 . J . C. P . 1951 . IV . P . 45 . B . 1951 . III . N . 39 . p . 26 ; Cass . Civ , 11 Juin . 1957 , J . C. P . 1958 . 11 . 10773 , Note : MOTULSKY , D . 1958 . S . N . 16 B . 1957 . N . 459 . P . 300 , Rev . Arb , 1957 , 89 , Rev . Trim . 1958 . 661 . N . 6 ; B ., ob : HEBRAUD , , Rev . Com , 1958 , N. 19 . Obs : BOITARD .

وانظـر أيضا أحكام القضاء الفرنسي المعتمدة لهذا التصور لدى : محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقـية لسلطات المحكمين – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١٠٢ ، والهوامش الملحقة أرقـام (٧) ، (٨) ، (٩) ، أشـرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٣ – الهامش رقم (١) .

بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، غير متعلق بالنظام العام Incompetence relative [(1)] .

إذا كانـــت أحكـــام القضاء فى فرنسا قد اختلفت حول تحديد ماإذا كان الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع

---

(٢) فى بيان هذا التصور المعتمد من قبل بعض أحكام القضاء فى فرنسا ، وذلك فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، أنظر :

Lyon . 11 Fevrier 1952 . D . 1952 . 222 , Rev . Com , 1952 . 327 . N. 10 . Obs : BOITARD ; Paris , 7 Janv. 1954 . 1224 ; Paris . 19 Janv 1954 , G . P . 1 . 232 , Rev . Trim . 1956 . 352 . N . 10 . Obs : HEBRAUD ; Paris . 15 Dec 1954 . D . 1955 . 208 . Note : ROBERT , J . C. P . 1955 . 11 . 8657 . Note : HEBRAUD ; Paris . 19 Dec 1954 . D . 1955 . 208 . Note : J . D . BREDIN ; Paris . 14 Mai 1959 . D. 1959 . 437 . Note : J . RPBERT . Rev . Arb . 1959 . 119 . Rev . Trim . 1959 . 780 , N. 9 . Obs : HEBRAUD . Cass . Civ . 20 Juin . 1968 . Bull . Civ . 2 . 1959 . N . 185 ; Cass . Civ . 30 Janv . 1966 . Bull . Civ . 1967 . N . 3 ; Cass . Civ . 17 Juin . 1975 . Rev . Arb . 1976 . 189 , Note : HEBRAUD .

وانظر كذلك فى اعتماد هذا التصور ، الأحكام المشار إليها لدى :

GLASSON , TISSIER et MOREL : op . cit . N . 1817 et s ; MOREL (RENE) : op . cit . , N . 722 et s ; ROBERT (J .) : Traite de l'arbitrage civil et commercial en droit interne , Paris . 1951 . N. 131 et s ; VINCENT (J .) : Procedure civile , Dix – neuveme edition . 1987 . Dalloz . N . 814 et s , P . 1046 et s .

وانظر أيضا أحكام القضاء فى فرنسا ، والتى اعتمدت هذا التصور لدى : محمد نور عبد الهادى شحاته – النشـــأة الإتفاقية لسلطات المحكمين ، أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الإشارات المتقدمة .

وانظر عرضا لمذهب القضاء فى فرنسا فى هذا الشأن ، فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

RUBELLIN – DEVICHI : La nature juridique de l'arbitrage , N. 372 et s . P . 195 et s ; Repertoire De Droit civil . N. 218 et s ; JOSEPH MONESTIRE : Le moyen d'ordre public . These . Toulous . T. 3 . 1965 . P . 952 et s ; RPBERT (J .) : op . cit . N . 116 et s ; Repertoire De Droit commercial . N . 93 et s ; Repertoire De Droit procedure civile . N . 112 et s .

موضوع الإتفاق على التحكيم ، متعلقا بالنظام العام ؟ ، أم على العكس من ذلك ، يعد دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، غير متعلق بالنظام العام ؟ ، وذلك بطبيعة الحال قبل صدور مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، والذى اعتبرت المادة (١٤٥٨) منها أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، غير متعلق بالنظام العام ، وإنما يتعلق بالمصلحة الخاصة للأطراف المحتكمين ، ولايجوز أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ، إلا أن هذا الإختلاف لم يحدث من جانب الفقه فى فرنسا ، والذى أجمع على اعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وأوجب التمسك به قبل الكلام فى موضوع الدعوى القضائية :

إذا كانت أحكام القضاء فى فرنسا قد اختلفت حول تحديد ماإذا كان الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، متعلقا بالنظام العام ؟ ، أم على العكس من ذلك ، يعد دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، غير متعلق بالنظام العام ؟ ، وذلك بطبيعة الحال قبل صدور مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، والذى اعتبرت المادة (١٤٥٨) منها أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، غير متعلق بالنظام العام ، وإنما يتعلق بالمصلحة الخاصة للأطراف المحتكمين ، ولايجوز أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ، إلا أن هذا الإختلاف لم يحدث من جانب الفقه فى فرنسا ، والذى أجمع على اعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وأوجب التمسك به قبل الكلام فى موضوع الدعوى القضائية ، وإلا سقط الحق فى إبدائه (١) .

---

(١) أنظر :

GLASSON , TISSIER et MOREL : op . cit . , N . 1816 et s ; MOREL (RENE) : op . cit . , N . 721 . P . 549 ; BERNARD (A .)

إعتـــبرت المادة (١٤٥٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية الدفع بوجود الإتفـــاق علــى التحكــيم غير متعلق بالنظام العام ، وإنما يتعلق بالمصلحة الخاصة للأطراف المحتكمين ، ولايجب على المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها :

إعتـــبرت المـــادة (١٤٥٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم غير متعلق بالنظام العام ، وإنما يتعلق بالمصلحة الخاصة للأطراف المحتكمين ، ولايجب على المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها [١] ، **ويترتب على ذلك النتائج التالية**

النتـــيجة الأولى : يجب إبداء الدفع بوجود الإتـــفاق على التحكيم مع غيره من الدفوع الإجرائية الأخرى ، وإلا سقط الحق فى إبدائه ، كما أن إبدائه دون إبداء الدفوع الإجرائية الأخرى ، يسقط الحق فيه .

النتيجة الثانية – يجب أن يثار الدفع بوجود الإتفاق علىالتحكيم قبل الكلام فى موضوع القضائية :

يجـــب أن يـــثار الدفع بوجود الإتفاق علىالتحكيم قبل الكلام فى موضوع القضائية ، لأن عـــدم إثارتــــه قبل الكلام فى موضوع الدعوى القضائية يعنى التنازل الضمنى لأطراف الإتفـــاق على التحكيم عن الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكـــيم ، والعـــودة إلـــى القضـــاء العـــام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصـــاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة – **وأيا كان موضوعها** – إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص .

: op . cit . , N . 196 . 197 . P . 230 ; RUBELLIN – DEVICHI : op . cit . , 285 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 86 et s .

[١] أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٢ ، ومابعدها .

النتـــيجة الثالثة : إذا لم يكن قد سقط الحق فى إبداء الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم أمـــام محكمة أول درجة – **لغياب المدعى عليه مثلا** – فإنه يجب التمسك به فى صحيفة الطعن ، وإلا سقط الحق فى إبدائه .

النتـــيجة الـــرابعة – يجب أن تفصل المحكمة فى الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم على استقلال قبل الفصل فى موضوع الدعوى القضائية ، مالم تقرر ضمه للموضوع . فعندئذ ، يجب عليها أن تصدر قرارا بالضم :

يجـــب أن تفصل المحكمة فى الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم على استقلال قبل الفصل فـــى موضـــوع الدعوى القضائية ، مالم تقرر ضمه للموضوع . فعندئذ ، يجب عليها أن تصدر قرارا بالضم ، لتنبيه الخصوم إلى تقديم دفاعهم الموضوعى ، وإلا تكون قد أخلت بحقهم فى الدفاع .

والنتيجة الخامسة - الحكم القضائى الصادر بقبول الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم لايستنفد سلطة محكمة أول درجة فى موضوع الدعوى القضائية ، بحيث إذا ألغته محكمة الإستئناف ، وجب عليها إعادة القضية لمحكمة أول درجة ، لتقول كلمتها فى موضوع الدعوى القضائية :

الحكـــم القضـــائى الصادر بقبول الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم لايستنفد سلطة محكمة أول درجـــة فـــى موضوع الدعوى القضائية ، بحيث إذا ألغته محكمة الإستئناف ، وجب علـــيها إعادة القضية لمحكمة أول درجة ، لتقول كلمتها فى موضوع الدعوى القضائية ، لأن الحكـــم القضائى الصادر فى الدفع بوجود الإتـــفاق على التحكيم يكون حكما قضائيا قطعـــيا فـــى مســـألة إجرائية . ولذا ، فإنه يستنفد سلطة المحكمة فى هذه المسألة فقط ، ولايحـــوز حجية الأمر المقضى بالنسبة لموضوع الدعوى القضائية ، فيجوز للمحكمة بعد قبول الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم أن تنظر الدعوى القضائية من جديد ، متى رفعت إلـــيها ثانـــية ، ويكون قد زال العائق ، وذلك بفوات ميعاد التحكيم المحدد – **قانونا** ، **أو اتفاقـــا** – مثلا دون صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لتقايل الطرفين من الإتفاق على التحكيم (١) .

---

(١) أنظر : على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٢١٠ ، ٢١١

إجمـــاع الفقه فى مصر على اعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم غير متعلق بالنظام العام :

أجمـــع الفقه فى مصر على اعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم غير متعلق بالنظام العام [1] .

هـــناك رأيـــا فى الفقه المصرى قد استلزم إبداء الدفع بوجود الإتفاق على التحكـــيم قبل إبداء أى دفع شكلى ، إلا أنه رأيا ضعيفا ، ومنتقدا من جانب الفقه المصرى فى مجموعه :

هـــناك رأيا فى الفقه المصرى قد استلزم إبداء الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم قبل إبداء أى دفـــع شـــكلى [2] ، إلا أنـــه رأيـــا ضـــعيفا ، ومنـــتقدا من جانب الفقه المصرى فى مجموعه [3] .

قـــررت محكمـــة الـــنقض المصرية فى بعض أحكامها أنه : " للمحكمة أن تقضـــى بعدم الإختصاص من تلقاء نفسها ، إذا رفعت إليها دعوى قضائية ممـــا تختص بها هيئات التحكيم المنشأة وفقا لقانون القطاع العام المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ ، وذلك قبل صدور قانون قطاع الأعمال العـــام

---

(١) أنظـــر : أحمـــد أبـــو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٣١ ، التحكـــيم فى القوانين العربية – ص ٢٢ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٢٥٢ ، ٢٦٥ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ١٩٨٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٩٣٢ ، وجدى راغب فهمى – طبيعة الدفع بالتحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١٢٤ ، عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى – ص ١٦٥ .

(٢) أنظر فى هذا التصور : عبد المنعم الشرقاوى – شرح المرافعات – بند ٤٥١ .

(٣) فى انـــتقاد هذا الرأى ، أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٤٦ ، ص ١٣٠ .

المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ " :

قـررت محكمـة الـنقض المصرية في بعض أحكامها أنه : " **للمحكمة أن تقضى بعدم الإختصـاص مـن تلقاء نفسها ، إذا رفعت إليها دعوى قضائية مما تختص بها هيئات التحكـيم المنشـأة وفقـا لقانون القطاع العام المصرى ، وذلك قبل صدور قانون قطاع الأعمال العام المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١** " [١].

رغـم اتفاق أنصار الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعـا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إلا أنهـم لـم يبيـنوا لـنا مإذا كان يجب على المحكمة التى تقضى بعدم اختصاصها ، بناء على الدفع المبدى أمامها بوجود الإتفاق على التحكيم أن تأمر بإحالة الدعوى القضائية إلى هيئة التحكيم ، أم لا ؟ :

رغـم اتفـاق أنصـار الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إلا أنهم لم يبينوا لنا مإذا كـان يجـب على المحكمة التى تقضى بعدم اختصاصها ، بناء على الدفع المبدى أمامها بوجـود الإتفـاق على التحكيم أن تأمر بإحالة الدعوى القضائية إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصـل فـى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أم لا ؟ ، إذ أن بعضا من الأنظمة القانونـية الوضعية – **ومنها النظام القانونى الوضعى المصرى ، وفى المادة (١١٠) من قانون المرافعات المصرى** [٢] – توجب على المحكمة أن تأمر بإحالة الدعوى القضائية

---

[١] راجـع الأحكـام القضـائية المعتمدة لهذا التصور ، والمشار إليها لدى : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٣٦ ، ص ٣٣٤ .

وكذلك : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٦ – الطعن رقم (٣٣٩) – لسنة (٥٢) ق ، وغيرهـا من الأحكام القضائية المشار إليها لدى : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٨٦ ص ٢٦٥ – الهامش رقم (٢) .

[٢] - تنص المادة (١١٠) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" عـلى المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ، ولو كان عدم الإختصاص متعلقا بالولاية ، ويجوز لها عندئذ أن تحكم بغرامة لاتجاوز مائتى جنيه .

وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها " .

إلـــى المحكمة ، أو الجهة المختصة ، تبعا للحكم القضائى الصادر منها بعدم اختصاصها بنظر النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه .

ذهـــب جانـــب من الفقه إلى اعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بانـــتفاء ولايـــة القضـــاء العام فى الدولة ، بالنسبة للنزاع الذى اتفق على إخضاعه للتحكيم ، وأنه إذا قضت المحكمة بانتفاء ولايتها ، بناء على دفع قـــدم إلـــيها من صاحب الشأن ، فى الميعاد المحدد قانونا لذلك ، فإنه يجب عليها أن تحيل الدعوى القضائية إلى هيئة التحكيم :

ذهـــب جانب من الفقه [1] إلى اعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بانتفاء ولاية القضـــاء العـــام فـــى الدولة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، على أساس أن التحكيم يعد نزولا من الخصوم عن طرح النزاع ، أو الأنزعة موضوع عقد التحكيم على القضـــاء العادى ، والذى لم يعد له صلاحية النظر بما اتفق عليه بمقتضى عقد التحكيم ، لخروجه عن اختصاصه نوعيا ، ولعلها حالة نادرة يستطيع بها أطراف النزاع نزع ولاية القضـــاء العادى النوعية عنه [2] . فالأثر السالب للإتفاق على التحكيم – **وحسب وجهة نظر هذا الجانب من الفقه** – معناه إنعدام ولاية القضاء لدى محاكم الدولة ، بالنسبة للنزاع الذى اتفق على إخضاعه للتحكيم ، وسلب هذه الولاية أمرا تجيزه قوانين مختلف الدول فى العلاقات الخاصة الداخلية [3] ، وأنه إذا قضت المحكمة بانتفاء ولايتها ، بناء على دفع قدم

---

(1) أنظـــر فى عرض هذا الرأى : عز الدين عبد الله – تنازع القوانين فى مسائل التحكيم فى مواد القانون الخاص – مقالة منشورة فى مجلة العدالة التى تصدر عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة – أبو ظبى – العدد الثانى – يوليو – ١٩٧٩ – العدد رقم (١٩) – ص ٦ ، ومابعدها ، محمود محمد هاشم – الـــنظرية العامـــة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٨٦ ، ص ٢٦٧ . حيث يذكر سيادته أن الأنظمـــة القانونية الوضعية تجيز عن طريق الإتفاق على التحكيم سلب ولاية القضاء العادى أمام محاكم الدولة ، وإسباغ الولاية ، أو الإختصاص بالواع على هيئة التحكيم ، وهذا يعنى أنه يثير مسألة اختصاص يكـــون متعلقا بالولاية ، أو مايسمى فى الفقه إختصاصا وظيفيا . ولذا ، يرى سيادته من الأدق القول بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بانتفاء الولاية .

(2) أنظر : عز الدين عبد الله – المقالة المشار إليها – ص ٢٥٠ .

(3) أنظر : عز الدين عبد الله – المقالة المشار إليها – ص ٨٨ ، ٨٩ .

إلـــيها مـــن صـــاحب الشأن ، فى الميعاد المحدد قانونا لذلك ، فإنه يجب عليها أن تحيل الدعـــوى القضـــائية إلـــى هيئة التحكيم [1] ، حيث أنه قد وردت فى العديد من الإتفاقات الدولية نصوصا تلزم محاكم الدول المتعاقدة - **والقـــائم أمامها نزاعا ، إتفق على عرضه على هيئة تحكيم** - بإحالة الخصوم إلى التحكيم ، بناء على طلب أى منهم [2] ، وأنه وإن كانـــت القوانين الوضعية الوطنية لاتلزم القاضى العام فى الدولة بالإحالة فى هذا الشأن ، إلا أن القوانين الدولية تلزمه بذلك ، حيث أن المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ ، بشـــأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - **وهى تشريعا خاصا للدولة** - تنص على أنه :

" الدول المتعاقدة ملزمة بأن تحيل الخصوم إلى التحكيم فى حالة ماإذا دفع أحد الخصوم بذلـــك " ، والقول بأن المادة (١١٠) من قانون المرافعات المصرى لاتلزم القضاء العام فى الدولة بالإحالة فى مثل هذه الأحوال ، يتجاهل التشريعات الدولية فى هذا الشأن [3] .

الـــرأى القائل باعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بانتفاء ولاية القضـــاء العام فى الدولة ، بالنسبة للنزاع الذى اتفق على إخضاعه للتحكيم - ورغـــم تكييفه للدفع بوجود الإتفاق على التحكيم على هذا النحو - يعود فيؤكد على عدم جواز إبدائه - أى الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم - فى

---

(1) أنظـــر : عز الدين عبد الله - الإشارة المتقدمة . عكس هذا : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المـــدنى - ط٢ - ١٩٨٦ - دار النهضـــة العربـــية بالقاهرة - ص ٩٥٧ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختـــيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٥٢ ص ٣٤٨ . حيث ذهب هذا الجانب من الفقه إلى أنه إذا ماقضت المحكمة بانتفاء ولايتها ، ، بالنسبة للنزاع الذى اتفق على إخضاعه للتحكيم ، بناء على دفـــع قـــدم إلـــيها من صاحب الشأن ، فى الميعاد المحدد قانونا لذلك ، فليس لها أن تحكم بإحالة الدعوى القضـــائية إلى التحكيم . واستند فى ذلك ، إلى أن الأمر بالإحالة لايكون إلا إلى المحكمة المختصة ، وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ليست كذلك .

(2) أنظر : عز الدين عبد الله - المقالة السابقة - ص ٨٨ ، ٨٩ .

(3) أنظـــر : أحمـــد شـــرف الدين - مضمون بنود التحكيم - مقالة مقدمة فى ندوة التحكيم المنعقدة فى العـــريش فى الفـــترة مـــن (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٨٧ حول التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى - ص ١٣٥ ، ١٣٦ .

أية حالة تكون عليها الإجراءات ، أو إعطاء المحكمة سلطة القضاء به من تلقاء نفسها – كما هـو الشأن بالنسبة للدفوع المتعلقة بالنظام العام :

الرأى القائل باعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بانتفاء ولاية القضاء العام فى الدولـة ، بالنسـبة للنزاع الذى اتفق على إخضاعه للتحكيم – **ورغم تكييفه للدفع بوجود الإتفـاق علـى التحكيم على هذا النحو** – يعود فيؤكد على عدم جواز إبدائه – **أى الدفع بوجـود الإتفاق على التحكيم** – فى أية حالة تكون عليها الإجراءات ، أو إعطاء المحكمة سلطة القضاء به من تلقاء نفسها – **كما هـو الشأن بالنسبة للدفوع المتعلقة بالنظام العام** – لأن الأصـل هـو ولايـة القضاء العام فى الدولة ، والإستثناء هو لهيئة التحكيم ،فى خصـوص نزاع معين ، ولايجوز للقضاء العام فى الدولة أن يتنصل من ولايته ، بحجة وجود اتفاق على التحكيم ، فقد يعدل الخصوم عنه بعد حصوله . ولهذا ، كان منطقيا عدم الحكـم بانـتفاء الولاية من تلقاء نفس المحكمة ، بالنسبة للنزاع الذى اتفق على إخضاعه للتحكـيم ، وإنمـا يجب التمسك به قبل الكلام فى موضوع الدعوى القضائية ، أو الدفاع بشـأنه [1] ، شـريطة أن يكـون ذلك بإبداء أى طلب ، أو دفاع يمس موضوع الدعوى القضائية ، أو مسألة فرعية فيها ، ينطوى على التمسك بصحتها – **سواء أبدى كتابة ، أو شـفاهة** – مـثل طلب التأجيل لضم دعوى قضائية أخرى ، لايعتبر كلاما فى موضوع الدعـوى القضائية ، مسقطا للحق فى التمسك بشرط التحكيم ، إذ أن الإتفاق على التحكيم هـو الـذى نزع ولاية القضاء العام فى الدولة ، بالنسبة للنزاع الذى اتفق على إخضاعه للتحكـيم ، وهو أمرا لم يكن يجوز لولا أن القانون هو الذى نص عليه . ومن ثم ، يجب الـرجوع إلى الأصل فى كل حالة يشك فيها القاضى العام فى الدولة فى عدول الخصوم عن هذا الإتفاق ، أو إذا كان هذا الإتفاق ظاهرا بطلانه [2] .

يرى جانب من الفقه المؤيد لاعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بانـتفاء ولايـة القضـاء العام فى الدولة ، بالنسبة للنزاع الذى اتفق على

---

(1) أنظـر : محمـود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٨٦ ، ص ٢٦٧ .

(٢) أنظـر : محمود محمد هاشم – إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء – ١٩٨٥ – دار الفكر العربي بالقاهرة – ص ١٦٩ .

إخضـــاعه للتحكيم أنه إذا ماقضت المحكمة بانتفاء ولايتها ، بالنسبة للنزاع الـــذى اتفـــق على إخضاعه للتحكيم ، بناء على دفع قدم إليها من صاحب الشـــأن ، فى الميعاد المحدد قانونا لذلك ، فإنه ليس هناك مايمنع المحكمة مـــن أن تأمر بإحالة الدعوى القضائية إلى هيئة التحكيم ، إذا كان التحكيم يدخل فى اختصاص هيئات دائمة . أما إذا كان التحكيم يعرض على محكم ، أو محكمين ، معينين من قبل الأفراد ، فإن المحكمة لاتـأمر عندئذ بالإحالة :

يـــرى جانب من الفقه المؤيد لاعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بانتفاء ولاية القضاء العام فى الدولة ، بالنسبة للنزاع الذى اتفق على إخضاعه للتحكيم أنه إذا ماقضت المحكمة بانتفاء ولايتها ، بالنسبة للنزاع الذى اتفق على إخضاعه للتحكيم ، بناء على دفع قـــدم إلـــيها مـــن صاحب الشأن ، فى الميعاد المحدد قانونا لذلك ، فإنه ليس هناك مايمنع المحكمـــة من أن تأمر بإحالة الدعوى القضائية إلى هيئة التحكيم ، إذا كان التحكيم يدخل فـــى اختصـــاص هيئات دائمة . أما إذا كان التحكيم يعرض على محكم ، أو محكمين ، معينيـــن مـــن قبل الأفراد ، فإن المحكمة لاتأمر عندئذ بالإحالة ، لصعوبة تنفيذ مثل هذا الأمر من قبل المحكمة ، وموظفيها [1] .

---

[1] أنظـــر : محمـــود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٨٦ ، ص ٢٦٩ – الهامش رقم (١) .

المطلب الثانى

أسانيد الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعـدم اختصاص المحكمة بنظـر النـزاع موضـوع الإتفـاق علـى التحكيـم [1]

يدعـم أنصار الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم موقفهم هذا بالعديد من الأسانيد :

يدعم أنصار الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا بعدم اختصاص المحكمـة بـنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم موقفهم هذا بالعديد من الأسانيد ، أذكر منها مايلى :

السند الأول – يسلب الإتفاق على التحكيم المحاكم إختصاصها بنظر النزاع موضـوع الإتفـاق على التحكيم ، ويمنحه لهيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، باتفاق الأفراد والجماعات داخل الدولة :

يسلب الإتفاق على التحكيم المحاكم إختصاصها بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ويمنحه لهيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، باتفاق الأفراد والجماعات داخل الدولة ، ذلك أنه إذا كان الإتفاق على التحكيم يرتب أثرا مانحا ، يتمثل فى عرض النزاع موضوعه على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضـائية ، ومـنحها سلطة الفصل فيه بحكم تحكيم ، يكون حاسما له ، وملزما للأطراف المحتكميـن ، فإنـه كذلـك يرتب أثرا مانعا ، يتمثل فى منع القضاء العام فى الدولة من الفصل فى ذات النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أى حجب سلطة القضاء العام فى الدولة بخصوص هذا النزاع ، الأمر الذى يؤدى لزوما إلى القول بأن الإتفاق على التحكيم قـد نزع الإختصاص بنظر النزاع موضوعه من القضاء العام فى الدولة ، ومنحه لهيئة

---

[1] فى بيان أسانيد الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٣٨ ، ص ١٣٢ ، ومابعدها .

تحكـيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، ويكون الدفع بوجود الإتفاق علـى التحكـيم بذلـك دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لادفعا بعدم قبول الدعوى القضائية [1] .

السـند الـثانى – يعـامل الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم معاملة الدفوع الإجرائية [2] :

يعامل الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم معاملة الدفوع الإجرائية ، حيث أن أحكام محكمة النقض المصرية قد تواترت على تطبيق أحكام الدفوع الإجرائية . وبصفة خاصة ، الدفع بعـدم اختصـاص المحكمـة بنظر النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، غير المتعلق بالـنظام العـام على الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، وإن وصفته خطأ بأنه دفعا بعدم قـبول الدعوى القضائية ، ومن ذلك قولها أنه : " **التحكيم هو – وعلى ماجرى به قضاء هـذه المحكمة – طريقا إستثنائيا لفض المنازعات ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العاديـة ، وماتكفلـه مـن ضمانات ، ولايتعلق شرط التحكيم بالنظام العام ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، وإنما يتعين التمسك به أمامها ، ويجوز النزول عنه صراحة ، أو ضمنا ، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخرا بعد الكلام فى الموضوع ، إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع ، نزولا ضمنيا عن التمسك به . ومن ثـم ، فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم لايعد دفعا موضوعيا . وقضاء محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم لاتستنفد به المحكمة ولايتها فـى موضـوع الـنزاع ، ويجب على محكمة الإستئناف إن قضت بإلغاء الحكم ، إعادة الدعـوى القضائية إلى محكمة أول درجة ، لنظر الموضوع ، لأن هذه المحكمة لم تقل كلمتها فيه** " [3] .

---

[1] أنظـر : محمـود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٨٦ ، ص ٢٦٢ .

[2] أنظـر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٨٦ ، ص ٢٦٨ .

[3] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٦/١/٦ – س (٢٧) – ص ١٣٨ ، ١٩٨٢/٤/٢٦ – الطعن رقم (٧١٤) – س (٤٧) ق . مشارا لهذين الحكمين لدى : محمود محمد هاشم – النظرية العامة

فالدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعامل من جانب أحكام القضاء معاملة الدفوع الشكلية ، حيث لااختلاف فى ضرورة إبداءه قبل الكلام فى موضوع الدعوى القضائية ، حيث يعتبر السكوت عن إبدائه قبل الكلام فى موضوع الدعوى القضائية نزولا ضمنيا عن التمسك به .

والدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يعد دفعا شكليا ، ولو كان دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية ، لجاز إبدائه فى أية حالة تكون عليها الإجراءات ، طبقا لنص المادتين (١٢٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (١١٥) من قانون المرافعات المصرى [١] .

السند الثالث – إتجاه الرأى السائد فى كل من فرنسا ، وإيطاليا إلى اعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا إجرائيا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولاشأن له بمسألة قبول الدعوى القضائية ، واتجاه مجموعة المرافعات الفرنسية إلى النص صراحة فى المادة (١٤٥٨) منها على عدم إختصاص جهة القضاء العام فى الدولة بالفصل فى نزاع إتفق بشأنه على التحكيم ، ووجوب الحكم بعدم الإختصاص فى كل الحالات ، إلا حيث يكون الإتفاق على التحكيم ظاهرا فى بطلانه ، ولم يكن النزاع قد رفع إلى محكمة التحكيم بعد :

يتجه الرأى السائد فى كل من فرنسا ، وإيطاليا إلى اعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا إجرائيا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولاشأن له بمسألة قبول الدعوى القضائية ، كما تتجه مجموعة المرافعات الفرنسية إلى النص صراحة فى المادة (١٤٥٨) منها على عدم إختصاص جهة القضاء العام فى الدولة بالفصل فى نزاع إتفق بشأنه على التحكيم ، ووجوب الحكم بعدم الإختصاص فى

للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٨٦ ، ص ٢٦٨ . وانظر كذلك الأحكام المشار إليها لدى : أحمد أبو الوفا – الإشارة المتقدمة .

[١] أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١١٦ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ص ٩٣١ ، أمينة النمر – قوانين المرافعات – الجزء الثالث – ص ١٥٣ – الهامش رقم (٥٢) .

كل الحالات ، إلا حيث يكون الإتفاق على التحكيم ظاهرا فى بطلانه ، ولم يكن النزاع قد رفع إلى محكمة التحكيم بعد [1] .

السند الرابع – يجب على القضاء العام فى الدولة أن يحكم بعدم الإختصاص فى حالة التحكيم الإجبارى ، والذى كانت تختص به هيئات التحكيم المنشأة وفقـا لقانون القطاع العام المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ – وبطبيعة الحـال قبل صدور قانون قطاع الأعمال العام المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ – ولذلـك ، يقاس عليه التحكيم الإختيارى ، فالمحكمة تقضى بعدم الإختصاص فى الحالتين :

يجب على القضاء العام فى الدولة أن يحكم بعدم الإختصاص فى حالة التحكيم الإجبارى ، والـذى كانـت تختص به هيئات التحكيم المنشأة وفقا لقانون القطاع العام المصرى رقم (٩٧) لسـنة ١٩٨٣ – **وبطبيعة الحال قبل صدور قانون قطاع الأعمال العام المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١** – ولذلك ، يقاس عليه التحكيم الإختيارى ، فالمحكمة تقضى بعـدم الإختصـاص فى الحالتين ، ذلك أن التحكيم الإجبارى فى بعض المنازعات يسلب محاكم القضاء العام فى الدولة ولايتها بنظرها [2] . ومن ثم ، إذا رفعت الدعوى القضائية إلـى أى مـنهما – **أى التحكـيم الإختيارى أو الإجبارى** – فى منازعة من المنازعات الواجـب عرضـها علـى هيـئة التحكيم ، كان عليها أن تحكم بانتفاء ولايتها من تلقاء نفسها [3] ، حيث أنهم يرون أنه لايوجد فارقا بين التحكيم الإجبارى ، والتحكيم الإختيارى

---

(١) وقـد أشار أنصار هذا الرأى تأييدا لذلك لنص المادة (١٧٣) من قانون التحكيم الكويتى ، والتى تنص على عدم اختصاص المحاكم بنظر المنازعات المتفق على الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم . مشارا إلـيه لدى : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٨٦ ، ص ٢٦٦ – الهامش رقم (٢) .

(٢) أنظـر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٣٦، ص ٣٣٤ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ١٧١ .

(٣) قـررت محكمـة النقض المصرية أنه : " دعوى الضمان المقامة من هيئة عامة ضد إحدى شركات القطـاع العـام ، واختصاص هيئات التحكيم بنظرها ، للمحكمة المعروض عليها النزاع أن تقضى بعدم

فى هذا الشأن ، فالأمر فى الحالتين يكون تحكيما - أى **فصــلا فى النزاع عن غير طريق القضـــاء العام فى الدولة** - إذ أن الأنظمة القانونية الوضعية قد أوجبت الفصل فى بعض المنازعات عن طريق نظام التحكيم ، فى حين أجازت ذلك فى بعض المنازعات الأخرى ، ولايجــوز بــأى حال من الأحوال أن يختلف الحكم فى هذه عن تلك ، حيث أن التحكيم الإختــيارى ، والتحكــيم الإجــبارى وجهان لعملة واحدة ، هى التحكيم - **أى الفصل فى المنازعات عن غير طريق القضاء العام فى الدولة** [1] .

الســند الخــامس - تأكــيد الرأى الراجح فى الفقه ، وأحكام القضاء على ضــرورة إبــداء الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم قبل التكلم فى موضوع الدعــوى القضـــائية ، وأنه يسقط الحق فى إبدائه فيما لو أثير متأخرا بعد الكلام فى موضوع الدعوى القضائية :

يؤكــد الرأى الراجح فى الفقه ، وأحكام القضاء على ضرورة إبداء الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم قبل التكلم فى موضوع الدعوى القضائية ، وأنه يسقط الحق فى إبدائه فيما لو أثــير متأخرا بعد الكلام فى موضوع الدعوى القضائية ، فالسكوت عن إبداء الدفع بوجود الإتفــاق على التحكيم حتى الكلام فى موضوع الدعوى القضائية ، يعد نزولا ضمنيا عن التمســك بــه ، فهــو لايتعلق بالنظام العام ، كما أنه لايعد دفعا موضوعيا ، والدفع بعدم اختصـــاص المحكمـــة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يكون دفعا شكليا ، ولو كـــان دفعـــا بعدم القبول ، لجاز إبدائه فى أية حالة تكون عليها الدعوى القضائية ، وفقا للمادتيـــن (١٢٣) مـــن مجموعة المرافعات الفرنسية ، (١١٥) من قانون المرافعات المصرى [2] .

اختصاصها فى هذه الحالة - ومن تلقاء نفسها - ويجب عليها إحالتها إلى هيئة التحكيم " ، أنظر : نقض مـــدنى مصـــرى - جلســـة ١٩٨٥/١٢/٢٦ - الطعن رقم (٣٣٩) - لسنة (٥٢) ق ، وغيرها من الأحكـــام القضـــائية المشـــار إليها لدى : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ،والتجارية - بند ٨٦ ، ص ٢٦٥ - الهامش رقم (٢) .

[1] أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٨٦ ، ص ٢٦ ، ٢٦٦ .

والســـند السادس – إذا كان القانون يوجب رفع الإلتماس بإعادة النظر ضد حكـــم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى المحكمة المختصة أصلا بنظره ، لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم . وكذلك ، الدعوى القضـــائية الأصلية المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، كما أنها – أى المحكمة المختصة أصـــلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لو لم يوجد إتفاقا على التحكـــيم – هـــى التى تأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكـــيم ، وأيضا يتم الرجوع إلى رئيسها للحكم على من يـــتخلف مـــن الشهود عن الحضور أمام هيئة التحكيم ، أو يمتنع منهم عن الإجابة ، أو عند الأمر بالإنابة القضائية ، فإن كل ذلك يؤكد سلب ولاية هذه المحكمة فى الفصل إبتداء فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وليس العكس :

إذا كـــان القانون يوجب رفع الإلتماس بإعادة النظر ضد حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى المحكمة المختصة أصلا بنظره ، **لو لم يوجد اتفاقا على التحكـــيم** . وكذلك ، الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلان حكم التحكـــيم الصـــادر فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، كما أنها – **أى المحكمة المختصـــة أصـــلا بـــنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لو لم يوجد إتفاقا على التحكـــيم** – هـــى التى تأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وأيضا يتم الرجوع إلى رئيسها للحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أمام هيئة التحكيم ، أو يمتنع منهم عن الإجابة ، أو عند الأمر بالإنابة القضائية ، **فإن كل ذلـــك يؤكـــد سلب ولاية هذه المحكمة فى الفصل إبتداء فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكـــيم ، ولـــيس العكـــس** ، **حيث أنه لايوجد نصا قانونيا وضعيا واحدا يجيز للمحكمة** المختصـــة أصـــلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **لو لم يوجد إتفاقا على التحكـــيم** – الفصل المبتدأ فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، طالما كان الإتفاق على التحكيم قائما ، والإلتجاء إلى إجراءات التحكيم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق

(١) أنظـــر : محمـــود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٨٦ ، ص ٢٦٥ .

على التحكيم ممكنا وماالرجوع إلى هذه المحكمة فى الحالات الأخرى إلا بحسبانها ممثلة للسـلطة العامة فى الدولة ، فهيئة التحكيم وإن كانت قاضيا ، إلا أنها تكون قاضيا خاصا بيـن الأطـراف المحتكميـن ، فـى خصـوص النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمعـروض علـيها ، للفصـل فيه ، بحكم تحكيم ، يكون حاسما له ، وملزما للأطراف المحتكمين ، ولم يقل قائل بأنه قاضيا عاما من قضاة الدولة [1] .

---

(١) أنظر ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٢٠٤ .

المطلب الثالث

تقييم الإتجاه القائل بأن الدفـــع بوجود الإتفـــاق علـــى التحكيم هو دفعا بعدم إختصاص المحكمة بنظـــر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم (٢)

لاقـــى الإتجـــاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا بعدم إختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بدوره نقدا :

لاقـــى الإتجـــاه القـــائل بـــأن الدفع بوجود الإتفاق علي التحكيم يعد دفعا بعدم إختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بدوره نقدا .

الإنـــتقاد الأول - إعتـــبار الدفـــع بوجـــود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصـــاص المحكمـــة بـــنظر الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ينفيه إســـتحالة تحديد نوع هذا الإختصاص ، لأنه ليس متعلقا بالوظيفة القضائية أو بنوع القضية ، أو بالمحل ، حتى يدخل فـــى أنواع الإختصاص القضائى

---

(١) فى تقييم الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بـــند ٣٩ ، ص ١٣٦ ، ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٢٠٣ ، ومابعدها .

وفى بـــيان الإنتقادات التى وجهت إلى الإتجاه القائل باعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٢٠٣ ، ومابعدها

المعروفة : الوظيفى ، أو النوعى ، أو المحلى [1] :

إعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ينفيه إستحالة تحديد نوع هذا الإختصاص ، لأنه ليس متعلقا بالوظيفة القضائية أو بنوع القضية ، أو بالمحل ، حتى يدخل فى أنواع الإختصاص القضائى المعروفة : الوظيفى ، أو النوعى ، أو المحلى ، فتكييف الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم على أنه دفعا بعدم إختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يصطدم مع فكرة الإختصاص القضائى ذاتها ، فالإختصاص القضائى هو جزء من سلطة المحاكم ، أو ماتحدده الأنظمة القانونية الوضعية لها من دعاوى قضائية ، للنظر فيها . بينما لايمكن القول بأن هيئة التحكيم تكون قاضيا ، يمارس سلطة قضائية ، فمن المؤكد أنه ليس بقاض عام من قضاة الدولة .

ففكرة الإختصاص القضائى لاتثار إلا بصدد توزيع الدعاوى القضائية على محاكم الدولة ، وهيئة التحكيم ليست من محاكم الدولة ، حتى يمكن الحديث عن اختصاصها القضائى بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فتكون محاكم الدولة غير مختصة عندئذ بنظره [2] .

ولايمكن التسليم بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يكون دفعا بعدم اختصاص المحكمة نوعيا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لأن فكرة الإختصاص القضائى النوعى ماهى إلا توزيعا للولاية القضائية على طبقات الجهة القضائية الواحدة ، كما حددتها المادة (١٠٩) من قانون المرافعات المصرى ، وهى بعيدة تماما عن نظام التحكيم ، فليس لنظام التحكيم طبقات – كما هو الشأن بالنسبة للقضاء العام فى الدولة – وكل مافى الأمر أن الأنظمة القانونية الوضعية قد استبعدت صراحة بعض المسائل من نطاق الإتفاق على التحكيم – وهى المسائل التى لايجوز فيها الصلح .

---

(1) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١١٩ ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٢٠٣ ، وما بعدها .

(2) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط١ – ١٩٨١ – بند ٤٤٠ ، ص ٩٠١ ، ط٢ – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٤١٢ ، ص ٩٧٣ ، ٩٧٤ ، محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ١٠١ ، ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٢٠٣ ، ومابعدها .

كمـــا لايمكـــن التســـليم بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يكون دفعا بعدم إختصاص المحكمـــة وظيفيا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لأن الإختصاص القضائى الوظـــيفى هـــو عـــبارة عن نطاق القضايا التى يمكن أن تباشر فيه جهة قضائية ولايتها القضائية ، وجهتا القضاء العام فى معظم الأنظمة القانونية الوضعية هما :

الجهة الأولى : جهة القضاء العادى .

والجهة الثانية : جهة القضاء الإدارى .

وإذا كانـــت هيـــئة التحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، ليست لها ولاية القضاء داخل الدولة ، فإنه لايمكن التسليم بأن هذه الهيئة تعد جهة ثالثة تضاف إلى جهات القضاء العام فى الدولة .

كمـــا أنـــه لايمكن التسليم بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا بعدم إختصاص المحكمـــة محليا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لعدم خضوع نظام التحكيم لفكرة النطاق الأفقى لمحاكم الدولة [١] .

فـــإذا قـــيل أن الدفع بوجود التحكيم يعد من الدفوع بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم ، فمن المستحيل تحديد نوع هذا الإختصاص ، لأنه ليس مـــتعلقا بالوظـــيفة القضـــائية ، أو متعلقا بنوع القضية ، أو متعلقا بالمحل ، لأن المحكمة المختصـــة أصـــلا بـــنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تختص بالفعل إختصاصا قضائيا ، لايمكن بأى حال من الأحوال وصفه بأنه مجرد إشراف ، أو مراقبة لعمل هيئة التحكيم .

ولايـــنفى هذا أن الأنظمة القانونية الوضعية قد تقر أحيانا إرادة الخصوم فى مجال الولاية القضـــائية " **المـــادة (٣٢) من قانون المرافعات المصرى** " ، أو الإختصاص القضائى الدولـــى " **المادتـــان (٦٢) ، (١١١) من قانون المرافعات المصرى** " ، حيث النص على أن إختصاص المحاكم بالنظر فى الدعاوى القضائية يكون جائزا ، ولو لم تنص على ذلـــك قـــاعدة الإختصاص القضائى الدولى ، إذا قبل ذلك الخصوم ، لأن هذه النصوص القانونـــية الوضـــعية تجيز امتداد ولاية القضاء العام فى الدولة بإرادة الخصوم لدعاوى قضـــائية ذات عنصـــر أجنبى ، لاتختص بها أصلا ، بسبب إتفاق الخصوم ، فهى تجيز

---

[١] أنظـــر : عـــلى سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٢٠٣ ، ومابعدها .

امـــتداد ولاية المحكمة ، أو اختصاصها القضائى ، ولاتجيز أبدا سلب ولاية المحكمة ، أو اختصاصها القضائى بإرادة الخصوم ، وهم مجرد أفرادا عاديين ، لايملكون ذلك . بمعنى ، أنهـــا تسمح بتوسيع الإختصاص القضائى ، والإضافة إليه ، وليس بانقاصه ، أو سلبه ، كما هو الحال فى الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم (1) .

الإنـــتقاد الـــثانى – لايمكن القول بأن الإتفاق على التحكيم يسلب المحكمة المختصـــة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – لو لم يوجد إتفاقـــا علـــى التحكـــيم – إختصاصـــها القضـــائى ، فكيف يملك الأفراد ، والجماعـــات داخل الدولة ذلك ، وقواعد الإختصاص القضائى ، أو الولاية القضائية فى الأنظمة القانونية الوضعية من النظام العام :

لايمكـــن القـــول بـــأن الإتفاق على التحكيم يسلب المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – لو لم يوجد إتفاقا على التحكيم – إختصاصها القضائى ، فكيف يملك الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ذلك ، وقواعد الإختصاص القضائى ، أو الولاية القضائية فى الأنظمة القانونية الوضعية من النظام العام .

الإنـــتقاد الثالث – لامحل لقياس نظام التحكيم الإختيارى على نظام التحكيم الإجـــبارى ، من حيث أن القضاء العام فى الدولة كان يجب عليه أن يحكم بعدم الإختصاص فى حالة التحكيم الإجبارى ، والذى كانت تختص به هيئات التحكـــيم المنشـــأة وفقـــا لقانون القطاع العام المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ – وبطبـــيعة الحال قبل صدور قانون قطاع الأعمال العام المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ :

لامحل لقياس نظام التحكيم الإختيارى على نظام التحكيم الإجبارى ، من حيث أن القضاء العـــام فى الدولة كان يجب عليه أن يحكم بعدم الإختصاص فى حالة التحكيم الإجبارى ، والـــذى كانـــت تختص به هيئات التحكيم المنشأة وفقا لقانون القطاع العام المصرى رقم (٩٧) لســـنة ١٩٨٣ – **وبطبيعة الحال قبل صدور قانون قطاع الأعمال العام المصرى**

---

(1) أنظـــر : وجدى راغب فهمى – طبيعة الدفع بالتحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١٠٨ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١١٦ .

رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ - لأن الأنظمة القانونية الوضعية هى التى تعترف فى نظام التحكيم الإجبارى بسلب ولاية القضاء العام فى الدولة ، أو اختصاصه القضائى ، بالنسبة لطائفــة معيــنة من المنازعات ، والفصل فيها عن طريق نظام التحكيم الإجبارى ، مما يجوز الكلام معه عن انتفاء الولاية القضائية ، أو عدم الإختصاص القضائى (١) .

الإنـــتقاد الرابع – لايتعلق الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم بالنظام العام ، وفقا للرأى الراجح فى الفقه ، وأحكام القضاء ، فيمكن الدفع بوجود الإتفاق علـــى التحكـــيم ، والتـــنازل عنه ، فى حين أن غالبية قواعد الإختصاص القضائى تتعلق بالنظام العام فى الأنظمة القانونية الوضعية :

لايـــتعلق الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم بالنظام العام ، وفقا للرأى الراجح فى الفقه ، وأحكـــام القضاء (٢) ، فيمكن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، والتنازل عنه ، فى حين أن غالبية قواعد الإختصاص القضائى تتعلق بالنظام العام فى الأنظمة القانونية الوضعية . وقـــد دفع ذلك محكمة النقض الإيطالية إلى تشبيه الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم بالدفع بعدم الإختصاص القضائى المحلى . وحتى ولو افترضنا ذلك ، فإنه لايجوز الإتفاق على سلب الإختصاص القضائى المحلى من المحكمة ، فالمحكمة المختصة محليا بنظر النزاع يمكـــن أن تكـــون المحكمة المتفق عليها ، ولكن تبقى دائما المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه مختصة كذلك ، كما تقضى بذلك قواعد الإختصاص القضائى العامة . فالمحكمـــة المختصـــة محلـــيا بنظر النزاع هى التى يتفق عليها الأفراد - إذا سمحت الأنظمـــة القانونية الوضعية بذلك - أو المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه - كقـــاعدة عامـــة . كمـــا أن اتفـــاق الخصـــوم أثناء سير الدعوى القضائية على منح الإختصـــاص القضـــائى لمحكمـــة أخـــرى ، لايلـــزم المحكمة المرفوع أمامها الدعوى القضائية (٣) .

---

(١) أنظـــر : أحمـــد أبـــو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٤٥ (م) ، ص ١٢٦ ، ومابعدها .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٤٥ (م) ، ص ١٢٦ ، ومابعدها .

(٣) حيث تنص المادة (١١١) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

الإنـــتقاد الخـــامس -عـــندما تحكم المحكمة بعدم اختصاصها بنظر النزاع موضـــوع الإتفـــاق علـــى التحكـــيم ، فإنهـــا لاتقضى - وكما تنص المادة (١١٠) من قانون المرافعات المصرى - بإحالته إلى هيئة التحكيم :

عندما تحكم المحكمة بعدم اختصاصها بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنها لاتقضـــى - وكمـــا تنص المادة (١١٠) من قانون المرافعات المصرى - بإحالته إلى هيئة التحكيم [1] .

الإنـــتقاد الســـادس ، والأخـــير- لايمكن إعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكـــيم دفعـــا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكـــيم ، لوجود سلطة للقضاء العام فى الدولة رغم الإتفاق على التحكيم لايمكـــن إنكارهـــا ، والـــتى قـــررتها الأنظمة القانونية الوضعية للمحكمة المختصـــة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - لو لم يوجد إتفاقا على التحكيم - على التحكيم فى جميع مراحله :

لايمكـــن إعتـــبار الدفـــع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لوجود سلطة للقضاء العام فى الدولة رغم الإتفاق علـــى التحكـــيم لايمكـــن إنكارهـــا ، والتى قررتها الأنظمة القانونية الوضعية للمحكمة المختصـــة أصـــلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - لو لم يوجد إتفاقا على التحكيم - على التحكيم فى جميع مراحله .

" إذا اتفق الخصوم على التقاضى أمام محكمة غير المحكمة المرفوع أمامها الدعوى ، جاز للمحكمة أن تأمر بإحالـــة الدعـــوى إلى المحكمة التى اتفقوا عليها " . فى تفصيل ذلك ، أنظر : أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنـــية والـــتجارية - بند ٢١٥ ، ص ٢٥٣ ، وجدى راغب فهمى - مبادئ - ص ٢٩٥ ، أحمد ماهر زغلول - الموجز - بند ٣٧٤ ، ص ٧٢٠ .

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى - طبيعة الدفع بالتحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١٣١ ، أمينة النمر - قوانـــين المرافعات - الكتاب الثالث - ١٩٨٢ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٨٦ ، ص ١٥٣ - الهـــامش رقم (٥٢) ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٣٩ ، ص ١٣٧ .

المبحث الرابع

الإتجـــاه الثانـى

الدفـــع بوجود الإتفاق علـــى التحكيم

هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية

تقسيم :

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مضمون الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية .

المطلـــب الثانـى : أسانيد الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية .

المطلـــب الثالث : تقييم الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية .

وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول

مضمـــون الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية

ذهب الرأى السائد فى الفقه فى مصر - تؤيده محكمة النقض المصرية فى بعـــض أحكامهـــا القضائية ، وبعض القوانين الوضعية - إلى اعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية :

ذهـــب الـــرأى السائد فى الفقه فى مصر (١) - تؤيده محكمة النقض المصرية فى بعض أحكامهـــا القضائية (٢) ، وبعض القوانين الوضعية (٣) - إلى اعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية .

---

(١) أنظر :

PHILIPPE FOUCHARD : La cooperation du president du tribunal de grande instance a l'arbitrage . Rev . Arb . 1985 . N. 1 . P. 8 et s .

وانظر أيضا : على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٢٠٨ .

(٢) فى اعتماد تصور إعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية فى بعـــض أحكام محكمة النقض المصرية ، أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠ - الطعن رقـــم (٢٧٦) - لسنة (٤١) ق ، ١٩٨٦/١٠/٢٦ - الطعن رقم (٢١٩٩) - لسنة (٥٢) ق . ولقد قضى فى هذا الحكم الأخير بنقض الحكم القضائى المطعون فيه ، لالتفاته عن دفاع جوهرى يكشف عـــن عـــدم خضوع النزاع لنظام التحكيم ، وقضائه بعدم قبول الدعوى القضائية ، لسبق الإتفاق على التحكـــيم ، حيث قررت محكمة النقض المصرية فى هذا الحكم أنه : " الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية لوجـــود شـــرط التحكـــيم لايعد دفعا موضوعيا ، وأنه إذا قضت محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى القضائية ، لوجود شرط التحكيم ، وحكم فى الإستئناف بإلغاء الحكم القضائى المطعون فيه ، وجب إعادة الدعـــوى القضـــائية إلى محكمة الدرجة الأولى ، للفصل فى الموضوع ، لأنها لم تستنفد بعد ولايتها فى نظر الدعـــوى القضـــائية ، بمقتضـــى حكمها القضائى السابق " . ومعنى هذا ، أن محكمة النقض المصرية قد اعتبرت فى هذا الحكم القضائى الصادر منها ، وغيره من الأحكام القضائية المماثلة ، والصادرة فى وقت لاحق ، أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعتبر دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية ، وليس دفعا بعدم اختصـــاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وذلك على خلاف أحكامها القضائية

وجـد التصـور القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية إعتمادا فى القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧)

الأولى ، والتى كيفت فيها الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم على أنه دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، غير متعلق بالنظام العام ، أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ٦ /١/١٩٧٦ – المجموعة ٢٧ – ٨٣٨ .

وبالرغم من أن محكمة النقض المصرية فى الحكم القضائى المشار إليه ، وفى غيره من الأحكام القضائية المماثلة – والصادرة منها – قد أوردت عبارة الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية ، إلا أنها قد طبقت عليه أحكام الدفع الإجرائى ، غير المتعلق بالنظام العام ، إذ جرت فى أحكامها على أنه : " شرط التحكيم لايتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، وإنما يتعين التمسك به أمامها ، ويجوز النزول عنه صراحة ، أو ضمنا ، ويسقط الحق فى إبدائه فيما لو أثير متأخرا بعد الكلام فى الموضوع ، إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل التكلم فى الموضوع نزولا ضمنيا عن التمسك به . ومن ثم ، فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم لايعد دفعا موضوعيا مما ورد ذكره فى المادة (١/١١٥) من قانون المرافعات المصرى " .

(٣) وجد تصور إعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية إعتمادا فى القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، فطبقا لنص المادة (١٣) من هذا القانون ، فإنه :

" ١- يجب على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أى طلب أو دفاع فى الدعوى .

(٢) ولايحول رفع الدعوى المشار إليها فى الفقرة السابقة دون البدء فى إجراءات التحكيم أو الإستمرار فيها أو إصدار حكم تحكيم " .

وانظر كذلك المادة (٢٣٦) من قانون المرافعات البحرينى ، وغيرها من نصوص القوانين الوضعية العربية ، والتى إعتمدت التصور القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية ، وليس دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمشار إليها لدى : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٨٦ ، ص ٢٥٦ .

لســـنة ١٩٩٤ فـــى شـــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " المادة (١٣) :

وجـــد التصـــور القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية إعتمادا فى القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، فطبقا لنص المادة (١٣) من هذا القانون ، فإنه :

" ١- يجـــب على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أى طلب أو دفاع فى الدعوى .

ولايحـــول رفع الدعوى المشار إليها فى الفقرة السابقة دون البدء فى إجراءات التحكيم أو الإستمرار فيها أو إصدار حكم تحكيم " .

ومفاد النص المتقدم ، أنه :

أولا – أن الحكـــم القضـــائى الصـــادر بعدم قبول الدعوى القضائية لوجود الإتفـــاق علـــى التحكيم لاتصدره المحكمة المعروض عليها النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من تلقاء نفسها ، وإنما بناء على دفع يبدى أمامها من المدعـــى عليه ، قبل إبداء أى طلب ، أو دفع فى الدعوى القضائية ، حيث أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يكون غير متعلق بالنظام العام :

لاتصـــدر المحكمة المعروض عليها النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم حكما بعدم قبول الدعـــوى القضـــائية ، لوجود الإتفاق على التحكيم من تلقاء نفسها ، وإنما بناء على دفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، يبدى أمامها من المدعى عليه ، قبل إبداء أى طلب ، أو دفع فـــى الدعـــوى القضـــائية ، حيث أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يكون غير متعلق بالنظام العام ، وتفسير ذلك : أن التجاء أحد أطراف الإتفاق على التحكيم إلى القضاء العام فى الدولة ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يعنى تخليه عن هذا الإتفاق ، ورغبته فى العودة إلى القضاء المختص أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لـــو لم يوجد اتفاقا على التحكيم ، فإذا حضر الطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم ، وساير خصمه ، وبدأ فى تقديم طلباته ، ومناقشة موضوع النزاع المتفق على الفصل فيه عـــن طريق نظام التحكيم ، فإن مفاد ذلك هو تخليه هو أيضا عن الإتفاق على التحكيم ، مما يؤدى إلى وجوب تصدى القاضى العام فى الدولة لموضوع النزاع المتفق على الفصل فـــيه عن طريق نظام التحكيم . فيلزم أن يتمسك المدعى عليه أمام المحكمة بالإتفاق على

التحكيم قبل التكلم فى موضوع الدعوى القضائية ، وإلا اعتبر ذلك تنازلا منه عن التمسك بـــالدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، فلايمكن بعد مناقشة موضوع الدعوى القضائية أن يطلـــب المدعى عليه من المحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى القضائية ، لوجود الإتفاق علـــى التحكـــيم . أما إذا تمسك الطرف الآخر بالإتفاق على التحكيم ، فعندئذ يتعين على القاضى العام فى الدولة الحكم بعدم قبول الدعوى القضائية .

وبهذا ، تعامل المادة (١٣) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شـــأن التحكـــيم فى المواد المدنية ، والتجارية الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية ، لوجود الإتفاق على التحكيم معاملة الدفوع الإجرائية ، والمنصوص عليها فى المادة (١٠٨) من قانون المرافعات المصرى ، والتى يلزم إبداؤها قبل إبداء أى طلب ، أو دفع بعدم القبول ، وإلا سقط الحق فى التمسك بها [١] .

ثانـــيا - أن الـــتجاء أحد أطراف الإتفاق على التحكيم إلى القضاء العام فى الدولـــة ، لايمـــنع الطرف الآخر فيه من بدء إجراءات التحكيم ، وإذا كانت هذه الإجراءات قد بدأت ، فإن رفع الدعوى القضائية أمام المحكمة بالنزاع موضـــوع الإتفـــاق على التحكيم لايعوق إستمرار هيئة التحكيم فى نظره ، وإصدار حكما فيه ، يكون حاسما له ، وملزما للأطراف المحتكمين :

لايمنع إلتجاء أحد أطراف الإتفاق على التحكيم إلى القضاء العام فى الدولة الطرف الآخر فـــيه مـــن بدء إجراءات التحكيم ، وإذا كانت هذه الإجراءات قد بدأت ، فإن رفع الدعوى القضـــائية أمـــام المحكمـــة بالنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايعوق إستمرار هيئة التحكيم فى نظره ، وإصدار حكما فيه ، يكون حاسما له ، وملزما للأطراف المحتكمين ، بعـــد تمكين الطرف فى الإتفاق على التحكيم المتغيب " **المدعى عليه** " من إبداء دفاعه ، وإخطـــاره بتقديمه خلال المدة المتفق عليها . فإذا لم يفعل ، كان لهيئة التحكيم أن تفصل فـــيه ، فـــى ضـــوء ماتوافر تحت يدها من مستندات . أما إذا كان المدعى لم يقدم لهيئة التحكـــيم بـــيانا بدعواه القضائية خلال الميعاد المتفق عليه ، فإنه يكون على هيئة التحكيم

---

[١] أنظر : عنايت عبد الحميد ثابت - خضوع مسائل المرافعات لقانون القاضى - ١٩٩٠ - ص ٧ ، ومابعدها .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٦/١/٦ - س (٢٧) - ص ١٣٨ .

عندئذ أن تأمر بإنهاء إجراءات خصومة التحكيم ، وهذا يعنى أن الطرف فى الإتفاق على التحكــيم الــذى كان قد طلب من هيئة التحكيم بدء إجراءات التحكيم " **المدعى** " يستطيع تجاهل هذا الطلب ، والتوجه للقضاء العام فى الدولة ، بعد فوات الميعاد المحدد له لتقديم طلباته ، وهو مطمئنا إلى أن هيئة التحكيم ستأمر عندئذ بإنهاء إجراءات خصومة التحكيم . وتفاديــا لذلــك ، فإنــه يمكــن للمدعى عليه أن يطلب من هيئة التحكيم أن تستمر فى إجراءات خصومة التحكيم ، والفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا ترك المدعــى خصــومة التحكــيم ، ويكون للمدعى عليه التمسك أمام القضاء العام فى الدولة بالإتفاق على التحكيم ، ويتعين على المحكمة عندئذ أن تحكم بعدم قبول الدعوى القضائية ، لوجود الإتفاق على التحكيم ، فتنص المادة (٣٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" (١) يرســل المدعــى خــلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذى تعينه هيئة التحكــيم إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين بيانا مكتوبا بدعواه يشتمل على إسمه وعنوانه واسم المدعى عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد للمسائل محل النزاع وطلباته وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره فى هذا البيان .

(٢) ويرسل المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذى تعينه هيئة التحكــيم إلــى المدعــى وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه ردا على ماجاء ببيان الدعوى ، وله أن يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمســك بحــق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة ، وله ذلك ولو فى مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر التأخير .

(٣) يجــوز لكــل مــن الطرفين أن يرفق ببيان الدعوى أو بمذكرة الدفاع على حسب الأحوال ، صورا من الوثائق التى يستند إليها وأن يشير إلى كل أو بعض الوثائق وأدلة الإثــبات التى يعتزم تقديمها ، ولايخل هذا بحق هيئة التحكيم فى أى مرحلة كانت عليها الدعــوى فــى طلب تقديم أصول المستندات أو الوثائق التى يستند إليها أى من طرفى الدعوى " .

ومفــاد الــنص المتقدم ، أن المدعى يلتزم بتقديم طلباته إلى هيئة التحكيم ، وإلى المدعى علــيه ، خــلال المــيعاد المتفق عليه ، ويجوز لكل طرف فى خصومة التحكيم أن يرفق الوثائق ، وأدلة الإثبات .

كما تنص المادة (٣٤) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن

التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" (١) إذا لم يقدم المدعى دون عذر مقبول بيانا مكتوبا بدعواه وفقا للفقرة الأولى من المـــادة (٣٠) وجب أن تأمر هيئة التحكيم بإنهاء إجراءات التحكيم مالم يتفق الطرفان على غير ذلك .

(٢) وإذا لـــم يقـــدم المدعى عليه مذكرة بدفاعه وفقا للفقرة الثانية من المادة (٣٠) مـــن هذا القانون وجب أن تستمر هيئة التحكيم فى إجراءات التحكيم دون أن يعتبر ذلك بذاته إقرار من المدعى عليه بدعوى المدعى ، مالم يتفق الطرفان على غير ذلك " .

ومفاد النص المتقدم ، أن هيئة التحكيم تلتزم بإنهاء إجراءات خصومة التحكيم ، إذا لم يقدم المدعى طلباته ، على النحو الوارد بالمادة (١/٣٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، مالم يتفق الطرفان علـــى غير ذلك ، كما يمكن لهيئة التحكيم أن تحكم فى حدود مالديها من مستندات ، إذا لم يرد المدعى عليه .

وتـــنص المادة (٤٨) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" تنـــتهى إجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهى للخصومة كلها أو بصدور أمر بإنهاء إجراءات التحكيم وفقا للفقرة الثانية من المادة (٤٥) من هذا القانون كما تنتهى أيضا بصدور قرار من هيئة التحكيم بإنهاء الإجراءات فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا اتفق الطرفان على إنهاء التحكيم .

(ب) إذا تـــرك المدعـــى خصـــومة التحكيم مالم تقرر هيئة التحكيم - بناء على طلب المدعى عليه - أن له مصلحة جدية فى استمرار الإجراءات حتى يحسم النزاع .

(ج) إذا رأت هيـــئة التحكـــيم لأى سبب آخر عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالته .

(٢) مـــع مـــراعاة أحكام المواد (٤١) ، (٥٠) ، (٥١) من هذا القانون تنتهى مهمة هيئة التحكيم بانتهاء إجراءات التحكيم " .

ومفـــاد النص المتقدم ، أن إجراءات خصومة التحكيم تنتهى ، إذا ترك المدعى خصومة التحكـــيم ، إلا إذا طلـــب المدعى عليه من هيئة التحكيم الإستمرار فى إجراءات خصومة

التحكـــيم ، لوجـــود مصـــلحة جدية له تبرر ذلك ، والفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على [1] .

موقـــف القضـــاء فـــى مصر إذا دفع أمامه بعدم قبول الدعوى القضائية ، لوجود الإتفاق على التحكيم ، وتبين له بطلان هذا الإتفاق :

تساءل جانب من الفقه [2] عن موقف القضاء فى مصر إذا دفع أمامه بعدم قبول الدعوى القضـــائية ، لوجـــود الإتفاق على التحكيم ، وتبين له بطلان هذا الإتفاق ، لتضمنه عددا زوجـــيا لأعضاء هيئة التحكيم ، أو لعدم تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ... إلخ ؟ . خصوصا ، وأن مشروع القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـــى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – **وفى الفقرة الثالثة من المادة (١٣)** – كان يقرر إمكانية إصدار القاضى العام فى الدولة حكما ببطلان الإتفاق على التحكـــيم ، أو بسقوطه ، أو بعدم نفاذه ، ويلزم هيئة التحكيم عندئذ بإنهاء ماتم أمامها من إجـــراءات خصومة التحكيم ، طالما أن حكم القضاء العام فى الدولة ببطلان الإتفاق على التحكيم كان قد صدر قبل صدور حكم من هيئة التحكيم [2] ؟ .

ويعتقد هذا الجانب من الفقه – **وبحق** – أن حذف هذه الفقرة يغير من الأمر ، لأن مناط **الحكم بعدم قبول الدعوى القضائية هو وجود الإتفاق على التحكيم صحيحا ، وليس مجرد الوجـــود المادى لمحرر يتضمن مثل هذا الإتفاق . فالقاضى العام فى الدولة لايتخلى عن حقـــه فـــى التصدى لموضوع نزاع يكون مطروحا عليه ، إلا إذا تبين له أن الإتفاق على التحكـــيم – والذى يتمسك به أحد الأطراف – هو اتفاقا منتجا لآثاره القانونية ، وصالحا** لأن تـــنظر هيـــئة التحكـــيم – **التى تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية** – النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . أما إذا تبين له أنه أمام إتفاق تحكيم باطلا ، فإن له عـــندئذ أن يـــرفض الدفـــع **بعدم قبول الدعوى القضائية ، لوجود الإتفاق على التحكيم ، ويتصـــدى لـــنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . ولايعوقه عن ذلك الإستناد إلى**

---

(١) أنظر : عبد الباسط جميعى – مبادئ المرافعات – ١٩٧٤ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ٩٦ ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٣١ ، ص ٤٥ ، ٤٦ ، أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٢ .

(٢) أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٣١ ، ص ١١٤٧ .

نــص المــادة (٢٢) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، والتى ترسى مبدأ الإختصاص بالإختصاص [١] - **أى تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها . بما فى ذلك ، الدفــوع المبنية على عدم وجود اتفاق على التحكيم ، أو بطلانه ، أو سقوطه** [٢] - فــنص المــادة (٢٢) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية يخول لهيئة التحكيم سلطة الفصل فى هذه الدفوع ، ولكنه لايسلب - **ولايستطيع أن يسلب** - **إختصاص القاضى العام فى الدولة بالفصل فيها** ، إذا طرحــت عليه ، بمناسبة تمسك طرف **بالإتفاق على التحكيم ، ودفع الطرف الآخر** بــبطلان هــذا الإتفــاق . فقاضى الدعوى القضائية هو قاضى الدفع ، **ولايتصور إلزام القاضـــى العـــام فـــى الدولة بالحكم بعدم قبول الدعوى القضائية ، إستنادا إلى تمسك أحد الأطراف باتفاق تحكيم إكتشف القاضى العام فى الدولة بطلانه .**

وفضـــلا عـــن ذلك ، فإن صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بــناء علـــى اتفاق تحكيم باطل ، سيجعل هذا الحكم محلا لرفع الدعوى القضائية الأصلية المبــتدأة بطلـــب بطلانـــه ، **وفقا لنص المادة (٥٣) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، والتى تورد بين أســـباب طلـــب بطـــلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إســـتناده إلـــى اتفاق تحكيم باطل** [١]، [٣] . **ولذلك ، فإنه يمكن أن يخول القاضى العام فى**

---

[١] أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٣١ ، ص ٤٧ .

[٢] أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٣١ ، ص ٤٨ .

[3] - تـــنص المـــادة (٥٣) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" (١) لاتقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الإتفاق باطلا أو قابلا للإبطال أو سقط بانتهاء مدته .

(ب) إذا كـــان أحد طرفى اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذى يحكم أهليته .

(ج) إذا تعـــذر على أحد طرفى التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين محكم أو إجراءات التحكيم أو لأى سبب آخر خارج عن إرادته .

(د) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع .

الدولــة ســلطة طرح اتفاق التحكيم الباطل ، والتصدى لموضوع الدعوى القضائية ، فى حالة الدفع أمامه بعدم قبول الدعوى القضائية ، لوجود الإتفاق على التحكيم ، حيث يمكن قيام أى طرف من أطراف الإتفاق على التحكيم برفع دعوى قضائية أصلية مبتدأة ، يطلب فيها الحكم ببطلان الإتفاق على التحكيم ، لأن تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل فى صحة ، أو بطــلان الإتفــاق على التحكيم ، لايعنى إحتكارها لهذه السلطة ، وسلبها من سلطان القاضــى العام فى الدولة . والقول بغير ذلك ، يمثل تعديا على حق الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ولامبرر للتفرقة التى يقيمها المشرع الوضعى الفرنسى بين حالة اتصال هيــئة التحكيم بالنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فيحتم على القاضى العام فى الدولة عــندئذ الحكــم بعدم اختصاصه بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وحالة عدم اتصــال هيــئة التحكــيم به ، فيخول القاضى العام فى الدولة إمكانية النظر فى البطلان الظاهــر للإتفــاق علــى التحكيم ، ورفض الحكم بعدم اختصاصه بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " المادة (١٤٥٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية " .

فثــبوت البطلان الظاهر للإتفاق على التحكيم أمام القاضى العام فى الدولة يتيح له طرح الإتفــاق على التحكيم ، واستعادة اختصاصه القضائى بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكــيم ، والذى لايصح أن يفقده إلا بوجود اتفاق تحكيم صحيح [١] ، ولايكفى فى ذلك القول بأن هيئة التحكيم بعد اتصالها به ، تحتكر النظر فى صحة ، أو بطلان الإتفاق على التحكيم ، وتقرير مبدأ الإختصاص بالإختصاص يقصد به عدم تعويق سير عملية التحكيم . فهيــئة التحكــيم لاتوقف إجراءات خصومة التحكيم ، لحين عرض الأمر على القضاء العــام فى الدولة ، بل لها أن تستمر فى إجراءات خصومة التحكيم ، إذا قدرت أن الدفوع يكون مقصودا بها المماطلة ، وإطالة أمد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

(ه) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين .

(و) إذا فصــل حكم التحكيم فى مسائل لايشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الإتفاق . ومع ذلــك إذا أمكــن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلايقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها .

(ز) إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم ، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانا أثر فى الحكم .

(٢) وتقضى المحكمة التى تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن مايخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية " .

[١] أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٣١ ، ص ٤٨

ولايمكـــن القول بمنع القاضي العام في الدولة من التحقق من صحة ، أو بطلان الإتفاق على التحكيم ، بل على العكس من ذلك ، فإنه يجب تأكيد سلطته في هذا الشأن ، لأن رفع الأمر إليه لن يكون سببا في وقف ، أو منع سير إجراءات خصومة التحكيم ، إلا إذا تبين له بطلان الإتفاق على التحكيم ، فعندئذ يتصدى لموضوع الدعوى القضائية ، ويصدر فيه حكمـــا قضائيا ، يصبح نهائيا ، إذ يتحتم على هيئة التحكيم عندئذ إنهاء إجراءات خصومة التحكيم ، لأن استمرارها سيصبح غير ذي موضوع ، إذ أنه – **وعلى فرض صدور حكم تحكـــيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** – لن يتسنى تنفيذه ، لتعارضه مع حكم قضائي سبق صدوره من القضاء العام في الدولة [1] .

---

[1] أنظر : مختار أحمد بريري – التحكيم التجاري الدولي – بند ٣١ ، ص ٤٨ ، ٤٩ .

المطلب الثانى

أسانيد الإتجـــاه القائل بأن الدفـــع بوجـــود الإتفـــاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية [1]

أخـــذ أنصــــار الإتجــــاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية يسوقون الحجج التى تؤيد وجهة نظرهم ، أذكر منها مايلى :

الحجـــة الأولى – يؤدى الإتفاق على التحكيم إلى نزول الأطراف المحتكمون عـــن الإلـــتجاء إلـــى القضاء العام فى الدولة – أى الإلتجاء إلى المحكمة المختصـــة أصـــلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لو لم يوجد إتفاقـــا على التحكيم – ومتى نزل الأطراف المحتكمون بارادتهم عن سلطة الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، فإن الدعوى القضائية تكون قد فقدت شرطا من شروط قبولها ، مما يمتنع معه على المحكمة قبولها . وعلى ذلك ، يكـــون الدفـــع بوجـــود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية ، لأن الخصم ينكر به سلطة خصمه فى الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، للذود عن حقه :

يؤدى الإتفاق على التحكيم إلى نزول الأطراف المحتكمون عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة – أى الإلتجاء إلى المحكمة المختصة أصلا بنظرالنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لو لم يوجد إتفاقا على التحكيم – ومتى نزل الأطراف المحتكمون بارادتهم عن ســلطة الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، فإن الدعوى القضائية تكون قد فقدت شرطا من شروط قبولها ، مما يمتنع معه على المحكمة قبولها . وعلى ذلك ، يكون الدفع بوجود الإتفـــاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية ، لأن الخصم ينكر به سلطة

---

(١) فى بـــيان أسانيد الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضـــائية ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٤١ ، ص ١٤٠، ومابعدها .

خصـــمه فـــى الإلـــتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، للذود عن حقه (1) . فالدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو فى حقيقته دفعا بالتنازل عن الخصومة القضائية . ومن ثم ، فإنه يـــندرج فى عداد الدفوع بعدم قبول الدعوى القضائية ، لأن الخصم وقد ارتضى عرض الـــنزاع على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، فإنه يكون قد نزل عن حقه فى الفصل فى الدعوى القضائية عن طريق الخصومة القضائية العادية ، والتمسك بهذا التنازل يعتبر دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية (٢) .

الحجـــة الثانـــية – تخويـــل المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – لو لم يوجد إتفاقا على التحكيم – إختصاصا قضائيا بالنسبة للنزاع الذى اتفق على إخضاعه للتحكيم ، يتنافى حتما مـــع

---

(١) أنظر :

PERROT (ROGER) : Institutions judiciaires . 1961 . N. 38 et s .

وانظـــر أيضا : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٤٥٥ ، ص ١٢٥ ، ومابعدها .

(٢) أنظـــر : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ١٩٢٣ – مطبعة الإعتماد بالقاهرة – بند ١٣٧٠ ، ص ٩٢٢ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط ١ – ١٩٨٠ – ص ٩٣١ ، ط٢ – ١٩٨٦ – بند ٤٤١ ، ص ٩٠٢ ، ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٤١ ، ص ٩١٣ ، أحمد أبو الوفا – نظرية الأحكام فى قانون المرافعات – بند ٢٠ ، ص ٥٠ ، التحكيم بالقضاء ، وبالصلح – ١٩٦٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٤٣ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط ٥ – ١٩٨٨ – بـــند ٤٥ ، ص ١٢٢ ، أمينة النمر – قوانين المرافعات – الكتاب الثالث – ١٩٨٢ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٨٦ ، ص ١٥٣ – الهامش رقم (٥٢) ، أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – ص ١٨٩ ، أحمد حسنى – عقود إيجار السفن – ١٩٨٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٣٣٠ ، ص ٣١٦ ، نبيل إسماعيل عمر – المرافعات المدنية ، والـــتجارية – ط١ – ١٩٨٧ – بند ١٣٨، ص ٢٢٢ ، أحمد حشيش – الدفع بعدم القبول ، ونظامه القانونى – بند ٨٩ ، ص ٣٣٩ ، بند ١٦٣ ، ص ٤١٤

القول بعدم اختصاصها بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

تخويل المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **لو لم يوجد إتفاقا على التحكيم** - إختصاصا قضائيا ، بالنسبة للنزاع الذى اتفق على إخضاعه للتحكيم ، يتنافى حتما مع القول بعدم اختصاصها بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . فالإتفاق على التحكيم لايسلب ولاية الدولة العامة ، ولااختصاص محاكمها بالنسبة للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وإنما تظل للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **لو لم يوجد إتفاقا على التحكيم** - سلطات واسعة بالنسبة للنزاع الذى اتفق على إخضاعه للتحكيم ، فتختص بكثير من المسائل المتعلقة بالإتفاق على التحكيم [1] .

فأثر الإتفاق على التحكيم يقتصر على إنشاء عائق مؤقت ، يمنع القضاء العام فى الدولة من سماع الدعوى القضائية . لذلك ، فإن الرجوع عنه باتفاق جميع الأطراف المحتكمين ، يوجب الإلتجاء إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم** . كما أنه إذا كان موضوع النزاع المراد عرضه على هيئة التحكيم لايقبل التجزئة ، وتدخل فيه من لم يكن طرفا فى الإتفاق على التحكيم ، أو تم اختصامه ، فإنه يجب عندئذ الإلتجاء إلى المحكمة المختصة أصلا بنظره - **لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم** - للفصل فيه برمته [2] .

الحجة الثالثة : القواعد المنظمة لولاية القضاء العام فى الدولة ، واختصاص المحاكم هى قواعد عامة مجردة ، تحدد طوائف معينة من الدعاوى القضائية ، وفقا لمعايير عامة - بسبب موضوعها ، أو قيمتها ، أو محلها - بحيث تكون المحكمة غير مختصة بدعوى معينة ، إذا لم تنطبق عليها هذه المعايير النوعية ، أو المكانية . أما منع المحكمة من

---

(1) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - ١٩٩٢ - المكتبة القانونية بالأسكندرية - بند ٢٧١ ، أحمد حشيش - الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - بند ٩٦ ، ص ١٤٥ .

(2) أنظر : سامية راشد - التحكيم فى اطار المركز الأقليمى بالقاهرة ، ومدى خضوعه للقانون المصرى - ط١ - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٤٠ ، ص ٨٤ .

نظـــر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه يكون منعا من نظر نزاع معين بالذات ، بسبب الإتفاق على التحكيم ، رغم أنه يدخل فى اختصاصها القضائى ، بحسب المعايير العامة للولاية القضائية ، والإختصاص القضائى ، وهـــذا يقتضـــى البحـــث عـــن سبب آخر لهذا المنع غير انتفاء ولايتها القضائية ، أو عدم اختصاصها القضائى :

تكـــون القواعد المنظمة لولاية القضاء العام فى الدولة ، واختصاص المحاكم قواعد عامة مجـــردة ، تحـــدد طوائـــف معيـــنة من الدعاوى القضائية ، وفقا لمعايير عامة - بسبب موضـــوعها ، أو قيمتها ، أو محلها - بحيث تكون المحكمة غير مختصة بدعوى معينة ، إذا لم تنطبق عليها هذه المعايير النوعية ، أو المكانية . أما منع المحكمة من نظر النزاع موضـــوع الإتفـــاق علـــى التحكيم ، فإنه يكون منعا من نظر نزاع معين بالذات ، بسبب الإتفـــاق على التحكيم ، رغم أنه يدخل فى اختصاصها القضائى ، بحسب المعايير العامة للولاية القضائية ، والإختصاص القضائى ، وهذا يقتضى البحث عن سبب آخر لهذا المنع غير انتفاء ولايتها القضائية ، أو عدم اختصاصها القضائى

الحجـــة الـــرابعة - إعتـــبار الدفـــع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصـــاص المحكمـــة بنظر النزاع موضوعه يصطدم مع منطق ، وطبيعة قواعد الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى :

يصـــطدم اعتـــبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوعه مع منطق ، وطبيعة قواعد الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى ، فولايـــة القضـــاء العام فى الدولة تعد مظهرا من مظاهر سيادتها . ولذا ، تعد قواعدهـــا مـــن النظام العام ، غير قابلة للإتفاق على خلاف أحكامها ، ولايقبل القول أن الإتفاق على التحكيم يسلب ولاية القضاء العام فى الدولة بالنسبة للنزاع موضوعه ، فإرادة الأفراد ، والجماعات داخل الدولة لايمكن أن تتطاول لانتقاص الولاية القضائية للمحاكم ، أو سلب اختصاصها القضائى ، وإنما الأصح القول أن أثر الإتفاق على التحكيم ينصرف إلـــى حقـــوق الأطـــراف المحتكميـــن ، وســـلطاتهم ، فمن المنطقى أن يتنازل الأفراد ، والجماعات داخل الدولةعن حقوقهم ، أو سلطاتهم - الموضوعية ، أو الإجرائية - وليس من المنطق فى شئ القول بتنازلهم عن سلطة القضاء العام فى الدولة ، وهى سلطة عامة سيادية ، لايملكون إزاءها سوى الخضوع لها .

الحجـــة الخامســـة – صعوبة اعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم من قبـــيل الدفـــع بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوعه ، لأن الإتفاق على التحكيم لاينزع الإختصاص القضائى من المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوعه – لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم – وإنما يمنعها فقط من سماع الدعوى القضائية ، مادام الإتفاق على التحكيم قائما . فضلا عن أنه يســـتحيل تحديد نوع عدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكـــيم ، فهـــو لايـــتعلق بالوظيفة القضائية ، ولابنوع القضية ، ولابالمحل :

يصـــعب اعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم من قبيل الدفع بعدم اختصـاص المحكمة بـــنظر الـــنزاع موضـــوعه ، لأن الإتفاق على التحكيم لاينزع الإختصاص القضائى من المحكمـــة المختصـــة أصلا بنظر النزاع موضوعه – لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم – وإنمـــا يمنعها فقط من سماع الدعوى القضائية ، مادام الإتفاق على التحكيم قائما . فضلا عـــن أنه يستحيل تحديد نوع عدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فهو لايتعلق بالوظيفة القضائية ، ولابنوع القضية ، ولابالمحل [1] .

والحجـــة السادســـة ، والأخيرة – الكلام عن عدم اختصاص المحكمة بنظر الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يعنى أن هيئة التحكيم هى المختصة بنظره ، فى الوقت الذى لايتصور فيه الحديث عن الإختصاص القضائى إلا بين محاكم الجهة القضائية الواحدة ، وهيئة التحكيم ليست محكمة معينة ، حـــتى يمكـــن الكلام عندئذ عن اختصاصها القضائى بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . ومن ثم ، تكون المحكمة غير مختصة بنظره :

الكـــلام عن عدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يعنى أن هيـــئة التحكـــيم هـــى المختصـــة بـــنظره ، فـــى الوقت الذى لايتصور فيه الحديث عن

[1] أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١١٩ ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٢٠٣ ، وما بعدها .

الإختصاص القضائى إلا بين محاكم الجهة القضائية الواحدة ، وهيئة التحكيم ليست محكمة معيـنة ، حتى يمكن الكلام عندئذ عن اختصاصها القضائى بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . ومن ثم ، تكون المحكمة غير مختصة بنظره [1] .

---

[1] أنظـر : فـتحى والى – الوسـيط فى قانون القضاء المدنى – ط٢ – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية بالقاهـرة – ص ٩٣١ ، نبيل إسماعيل عمر – المرافعات المدنية ، والتجارية – ط١ – ١٩٨٧ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١٣٨ ، ص ٢٢١ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١٠١ ، ومابعدها .

المطلب الثالث

تقييم الإتجـــاه القائل بـــأن الدفـــع بوجـــود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية [1]

لاقـــى الإتجـــاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قـــبول الدعـــوى القضائية بدوره نقدا ، لعدم تمشيه مع الفكرة الفنية لعدم قبول الدعوى القضائية ، وعدم انطباق أحكامه العملية :

لاقـــى الإتجـــاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضـــائية بدوره نقدا ، لعدم تمشيه مع الفكرة الفنية لعدم قبول الدعوى القضائية ، وعدم انطباق أحكامه العملية .

لاقـــى الإتجـــاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قـــبول الدعـــوى القضائية بدوره نقدا ، لعدم تمشيه مع الفكرة الفنية لعدم قبول الدعوى القضائية :

لاقـــى الإتجـــاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية بدوره نقدا ، لعدم تمشيه مع الفكرة الفنية لعدم قبول الدعوى القضائية .

الإنـــتقاد الأول - لايتصـــل الإتفـــاق على التحكيم بحق الدعوى القضائية " لايتـــنازل الأطـــراف المحـــتكمون فـــى الإتفاق على التحكيم عن حقهم فى الحصول على حكم قضائى من القضاء العام فى الدولة ، لحماية حقوقهم ، وإنما يتفقون على اتباع طريق آخر لحماية هذه الحقوق " :

---

[1] فى تقييم الإتجاه القائل باعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية ، أنظـــر : المؤلـــف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٤٢ ، ومايليه ، ص ١٤٣ ، ومابعدهـــا ، عـــلى ســـالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ١٩٧ ، ومابعدها .

لايتصــل الإتفــاق علــى التحكــيم بحق الدعوى القضائية ، ذلك أن الحق فى الدعوى القضـــائية هــو : حــق الشــخص فى الحصول على حكم قضائى فى موضوع الدعوى القضـــائية لصالحه (١) ، والأطراف المحتكمون لايتنازلون فى الإتفاق على التحكيم عن حقهــم فى الحصول على حكم قضائى من القضاء العام فى الدولة لحماية حقوقهم ، وإنما يتفقون على اتباع طريق آخر لحماية هذه الحقوق (٢) .

الإنـــتقاد الـــثانى - القول بانتفاء الحق فى الدعوى القضائية ، لأن الإتفاق علـــى التحكـــيم يتضمن تنازلا عن الحق فى الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، لايميز بين حق الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، وبين الحق فى الدعوى القضائية :

القـــول بانتفاء الحق فى الدعوى القضائية ، لأن الإتفاق على التحكيم يتضمن تنازلا عن الحـــق فى الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة (٣) ، لايميز بين حق الإلتجاء إلى القضاء

---

(١) فى عرض مفصل لفكرة الدعوى القضائية ، وطبيعتها ، أنظر :

MOHAMMED ABDEL KHALK OMAR : La notion d'irrecevabilie en droit prive . These . Paris . 1987. N . 50 et s .

وانظر أيضا : فتحى والى - قانون القضاء المدنى - ط١ - ١٩٧٧ - مطبعة جامعة الكويت - بند ١٩ ، ومايليه ، ص ٣١ ، ومابعدها ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٢ - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٦ ، ومايليه ، ص ٥٧ ، ومابعدها ، وجدى راغب فهمى - مبادئ الخصومة المدنية - ط ١ - ١٩٧٨ - دار الفكـــر العربى بالقاهرة - ص ١٠٢ ، ومابعدها ، أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٨٥ ، ومايليه ، ص ١٥٣ ، ومابعدهـــا ، أحمـــد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٩١ ، ومايليه ، ص ١١١ ، ومابعدها ، نظرية الدفوع فى قانون المرافعات - ط١٠ - ١٩٨٧ - منشـــأة المعـــارف بالأسكندرية - بند ٤٧١ ، ومايليه ، ص ٧٨٢ ، ومابعدها ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - ط٢ - ١٩٩٠ /١٩٩١ - ص ١١١ ، وما بعدها .

(٢) أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٨١ ، ص ١٦٧ .

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٨٨ - ص ١٢٥ ، ومابعدها .

العـــام فى الدولة ، وهو حقا عاما لايجوز النزول عنه ، ولايسقط بالتقادم ، وتعترف به الأنظمة القانونية الوضعية – وعلـــى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها – لكل شخص فى أن يتخذ إجراء المطالبة القضائية ، ويحصل على حكم قضائى فيها ، ولو رفضت المطالبة – شكلا ، أو موضوعا – وبين الحق فى الدعوى القضائية ، وهو حقا خاصا ، لاتعترف به الأنظمـــة القانونية الوضعية إلا لصاحب الصفة فى الدعوى القضائية ، ويجوز له التنازل عـــنه ، كما يسقط بالتقادم ، ويخول صاحبه حق الحصول على حكم قضائى فى موضوع الدعوى القضائية لصـالحه [1] .

الإنـــتقاد الثالـــث – لايســلب الإتفاق على التحكيم أطرافه حق الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، والحصول على حكم قضائى فى موضوع الدعوى القضـــائية ، وإنما يسلبهم حق الإستمرار فى الإجراءات ، لحين الفصل فى موضوع النزاع :

لايسلب الإتفاق على التحكيم أطرافه حق الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، والحصول علـــى حكـــم قضـــائى فى موضوع الدعوى القضائية ، وإنما يسلبهم حق الإستمرار فى الإجراءات ، لحين الفصل فى موضوع النزاع [2] .

---

(١) أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٨١ ، ص ١٦٩ .

وانظـــر فيمن يرى أن الدعوى القضائية ليست هى حق الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة : عبد الفتاح السيد – الوجيز فى المرافعات – ١٩٢٤ – بند ٣١٧ ، ص ٣٠٦ ، محمد حامد فهمى – المرافعات المدنية ، والتجارية – بند ٣٣٨ ، ص ٣٥٥ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٢ – ١٩٧٨ – دار الفكـــر العربى بالقاهرة – ص ١١٢ ، ١١٣ ، إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – ص ١٢٦ ، أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية ، والتجارية – ط١٢ – بند ٩٧ ، ص ١٠٣ ، محمود محمد هاشم – قانون القضاء المدنى – الجزء الثانى – طبعة ١٩٨٧ – ص ١٥ .

(٢) أنظر : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن – الجزء الأول – بـــند ٤٣٣ ، ص ٥٥٤ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٤٥ ، ص ١١٩ ، ١٢٠ ، وجدى راغب فهمى – طبيعة الدفع بالتحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١١١ ، ومابعدهـــا ، نبيل إسماعيل عمر – الدفع بعدم القبول ، ونظامه القانونى – بند ١٣٨ ، ص

الإنـــتقاد الـــرابع - الصياغة التى استعملها بعض أنصار الإتجاه القائل بأن الدفـــع بوجود الإتفاق على التحكيم هو من قبيل الدفوع بعدم قبول الدعوى القضـــائية ، لاتعـــنى تـــنازل الأطـــراف المحتكمون عن الحق فى الدعوى القضائية ، وإنما تعنى فقط تنازلهم عن اتباع إجراءات الخصومة القضائية العادية :

الصياغة التى استعملها بعض أنصار الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو من قبيل الدفوع بعدم قبول الدعوى القضائية [1] ، لاتعنى تنازل الأطراف المحتكمون عـــن الحق فى الدعوى القضائية ، وإنما تعنى فقط تنازلهم عن اتباع إجراءات الخصومة القضائية العادية [2] .

الإنـــتقاد الخـــامس - القـــول بانتفاء الحق فى الدعوى القضائية ، لانتفاء الـــنزاع فـــى التحكـــيم ،فيه مغالاة تجعله منافيا للواقع ، لأن الإتفاق على التحكـــيم يفترض لإعماله وجود نزاعا قائما فعلا ، أو قد ينشأ مستقبلا بين الأطـــراف المحتكميـــن ، ســـواء نشأ عن تفسير العقد الذى يتضمنه شرط التحكيم ، أو تنفيذه :

القـــول بانتفاء الحق فى الدعوى القضائية ، لانتفاء النزاع فى التحكيم ، فيه مغالاة تجعله منافـــيا للواقع ، لأن الإتفاق على التحكيم يفترض لإعماله وجود نزاعا قائما فعلا ، أو قد ينشـــأ مستقبلا بين الأطراف المحتكمين ، سواء نشأ عن تفسير العقد الذى يتضمنه شرط التحكيم ، أو تنفيذه .

---

٢٢٢ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٨٦ ، ص ٢٦١ ، ٢٦٢ ، أمينة مصطفى النمر - قانون المرافعات - ١٩٩٢ - المكتبة القانونية بالأسكندرية - بند ١٧١ .

(1) أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٤٤٧ ، ص ٩١١ .

(2) أنظر : وجدى راغب فهمى - طبيعة الدفع بالتحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١١٢ .

والإنـــتقاد الســـادس ، والأخـــير - لايمكن إعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكـــيم دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية ، حيث يجوز أحيانا قبولها بعد ذلك أمام القضاء العام فى الدولة :

لايمكن إعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية ، حيث يجـــوز أحـــيانا قبولها بعد ذلك أمام القضاء العام فى الدولة [1] - **كما لو انقضى الميعاد المحـــدد - قانونـــا ، أو اتفاقـــا - لإصدر حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكـــيم ، دون صدوره ، وفقا لنص المادة (٤٥) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [٢] .**

لاقـــى الإتجـــاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قـــبول الدعـــوى القضائية بدوره نقدا ، لعدم انطباق أحكام الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية العملية على الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم :

لاقـــى الإتجـــاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضـــائية بدوره نقدا ، لعدم انطباق أحكام الدفع بعدم قبول الدعوى للقضائية العملية على الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم .

القاعدة المقررة فى المادتين (١٢٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (١١٥) مـــن قانون المرافعات المصرى هى أن الدفع بعدم قبول الدعوى القضـــائية يجوز إبدائه فى أية حالة تكون عليها الدعوى القضائية ، بينما تؤكـــد أحكام محكمة النقض المصرية سقوط الحق فى الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم فيما لو أثير متأخرا بعد الكلام فى موضوع الدعوى القضائية ، وتقرر أن الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية لوجود شرط التحكيم لايعد دفعا

---

[1] أنظر : أحمد حشيش - الدفع بعدم القبول ، ونظامه القانونى - الرسالة المشار إليها - بند ٨٩ ، ص ٣٣٩ - ٣٤٢ ، بند ١٥٢ ، ص ٢١٩ ، بند ١٦٣ ، ص ٢٣٢ ، بند ١٥٧ ، ص ٤١٤ .

[٢] وتقابـــلها المـــادة (٢/٥٠٥) مـــن قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغـــاة بواســـطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية .

موضــوعيا ، ممـــا ورد ذكره فى المادة (١/١١٥) من قانون المرافعات المصــرى ، وهـــى لاتعامله معاملة الدفوع بعدم قبول الدعوى القضائية ، وإنمـــا تعاملـــه معاملة الدفوع الإجرائية البحتة " الشكلية " ، والمنصوص علـيها فـــى المـــادة (١٠٨) من قانون المرافعات المصرى ، ممايخالف قضـــاءها بالنسبة للدفع بعدم قبول الدعوى القضائية ، ويتنافى مع تأصيلها للدفع بوجود الإتفاق على التحكيم بأنه دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية :

القـــاعدة المقررة فى المادتين (١٢٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (١١٥) من قانون المرافعات المصرى هى أن الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية يجوز إبدائه فى أية حالـــة تكـــون عليها الدعوى القضائية ، بينما تؤكد أحكام محكمة النقض المصرية سقوط الحـــق فى الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم فيما لو أثير متأخرا بعد الكلام فى موضوع الدعـــوى القضـــائية ، وتقرر أن الدفع بعدم قبول الدعوى القضائية لوجود شرط التحكيم لايعـــد دفعـــا موضـــوعيا ، ممـــا ورد ذكره فى المادة (١/١١٥) من قانون المرافعات المصـــرى [١] ، وهى لاتعامله معاملة الدفوع بعدم قبول الدعوى القضائية ، وإنما تعامله معاملـــة الدفوع الإجرائية البحتة " الشكلية " ، والمنصوص عليها فى المادة (١٠٨) من قانون المرافعات المصرى [٢] .

بـــل إن محكمـــة النقض المصرية قد قررت فى بعض أحكامها القضائية أنه : " **إذا قبلت محكمة أول درجة الدفع بالتحكيم ، وحكمت بعدم قبول الدعوى القضائية ، فإنها لاتكون قـــد اســـتنفدت ولايتها فى نظر الموضوع ، فإذا استؤنف الحكم القضائى الصادر منها ، وقضـــت محكمـــة الإســـتئناف بإلغائه ، ورفض الدفع ، فإنه يتعين عليها إعادة الدعوى القضائية إلى محكمة أول درجة ، لنظر الموضوع** " [٣] .

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٦/٥/٢٤ ، ١٩٦٧ ١٩٧٢/٢/١٥ . مشارا لهذه الأحكام فى الهوامش السابقة ، كما يراجع ماسبق الإشارة إليه من أحكام القضاء المصرى ، والتى تؤكد هذا المعنى فى هوامش الصفحات السابقة .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى – طبيعة الدفع بالتحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١١٢ ، ١١٣ .

(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٦/١/٦ مشارا لهذا الحكم فى هوامش الصفحات المتقدمة

وحكـم محكمـة النقض المصرية المتقدم ذكره يخالف قضاءها بالنسبة للدفع بعدم قبول الدعوى القضائية [1] ، مما يتنافى مع تأصيلها للدفع بوجود الإتفاق على التحكيم بأنه دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية .

وقـد لاحـظ جانب من الفقه مافى هذا من تناقض ، فذهب إلى جواز إبداء الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم في أية حالة تكون عليها الدعوى القضائية [2] . كما حاول جانب آخـر من الفقه التخلص من هذا التناقض ، بالقول أن الدفع بوجود الإتـفاق على التحكيم يكـون دفعـا بعدم قبول الدعوى القضائية من الناحية الإجرائية ، متبنيا بذلك التمييز بين عدم قبول الدعوى القضائية الإجرائى ، وعدم القبول الموضوعى [3] ، وقد حسم القانون الوضـعى المصـرى رقـم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية هذه المسألة ، حيث نصت المادة (١/١٣) منه على أنه :

" يجب على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أى طلب أو دفاع فى الدعوى " .

---

[1] فى دراسـة قضاء محكمة النقض المصرية بالنسبة للدفع بعدم قبول الدعوى القضائية ، أنظر : أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية ، والتجارية – ط١٤ – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٢٠٤ ، ومايليـه ، ص ٢٢٥ ، ومابعدهـا ، أحمـد السيد صاوى – الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٨٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٧٨ ، ومايليه ، ص ٢٦٦ ، ومابعدها ، محمود محمـد هاشم – قانون القضاء المدنى – ط٢ – ١٩٩١ – دار التوفيق للطباعة ، والنشر بالقاهرة – ص ٣٢٨ ، ومابعدها .

[2] أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٤٦ ، ص ١٣٠ ، ومابعدها .

[3] أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٤٤١ ، ص ٩٠٢ ، أمينة مصطفى النمر – قانون المرافعات – بند ١٧١ ، حيث تقول سيادتها أنه : " يشترط لقبول الدعوى القضائية أمام المحكمة ألا يكون هناك اتفاقا على التحكيم بشأن موضوعها - أى التزاما به - وشرط عدم الإلتزام بالتحكيم ليس من الشروط العامة لقبول الدعاوى القضائية ، وإنما هو شرطا من الشروط الخاصة بهذا القبول ، كما أنه ليس من النظام العام فى الأنظمة القانونية الوضعية ، وإنما يتقرر لمصلحة الأشخاص ، فيجب التمسك به ، ولاتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها " .

المبحث الخامس

الإتجـــاه الثالث

الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بنقص فى ولاية المحكمة المختصـــة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لــو لــم يــوجد اتفاقــا علـــى التحكيــم

تقسيم :

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : مضمون الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بنقص فى ولاية المحكمة المختصـــة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لــو لــم يــوجد اتفاقــا علـــى التحكيــم .

المطلب الثانى : أسانيد الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بنقص فى ولاية المحكمة المختصـــة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لــو لــم يــوجد اتفاقــا علـــى التحكيــم .

وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول

مضمون الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بنقص فى ولاية المحكمة المختصـــة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لـــو لـــم يـــوجد اتفاقـــــا علـــــــى التحكيــــــــم

يرى جانب من الفقه أن الدفع بوجود الإتـــفاق على التحكيم هو دفعا بنقص فـــى ولايـــة المحكمـــة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكـــيم – لـــو لـــم يوجـــد اتفاقا على التحكيم – بحيث لايتناول موضوع الدعوى القضائية ذاتها ، طالما كان الإتفاق على التحكيم صحيحا :

يـــرى جانـــب من الفقه أن الدفع بوجود الإتـــفاق على التحكيم هو دفعا بنقص فى ولاية المحكمـــة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **لو لم يوجد اتفاقا علـــى التحكـــيم** – ، بحيث لايتناول موضوع الدعوى القضائية ذاتها ، طالما كان الإتفاق على التحكيم صحيحا .

المطلب الثانى

أسانيد الإتجاه القائل أن الدفع بوجود الإتــفاق على التحكيم هو دفعا بنقص فى ولاية المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيــم – لو لم يوجد اتفاقــا علــى التحكيم – بحيث لاتتناول موضوع الدعوى القضائية ذاتها ، طالما كان الإتفاق علـــــــى التحكيـــــــــم صحيحـــــــا

أخذ أنصار الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتــفاق على التحكيم هو دفعا بنقص فى ولاية المحكمـــة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم** – بحيث لاتتناول موضوع الدعوى القضائية ذاتها ، طالما كان الإتفاق على التحكيم صحيحا يسوقون الحجج التى تؤيد وجهة نظرهم ، **أذكر منها مايلى :**

الحجــة الأولى – الإتفاق على التحكيم إذا كان صحيحا ، وساريا ، فإن دور المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – لو لم يوجــد اتفاقــا علــى التحكيم – ينحصر فى منح القدر الازم من الحماية ، والذى يكفل فاعلية نظام التحكيم :

الإتفاق على التحكيم إذا كان صحيحا ، وساريا ، فإن دور المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم** – ينحصر فى منح القــدر الازم مــن الحمايــة ، والذى يكفل فاعلية نظام التحكيم [1] ، فإذا تحلل الأفراد ، والجماعات داخل الدولة من الإلتزامات التى يفرضها عليهم الإتفاق التحكيم ، فإن المحكمة المختصــة أصـــلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم** – تستعيد ولايتها كاملة على الدعوى القضائية – **إذا ماطرحت عليها** – لأن الدفع

---

(1) أنظـــر : عـــلى ســـالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٢٠٨ ، ومابعدها .

بوجـود الإتـفـاق علـى التحكيم ، لاينفى ولاية المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم** – وإنما يقيد هذا الدور ، ويحـدده بـالقدر الازم لتحقيق فاعلية التحكيم من ناحية ، ورقابته من ناحية أخرى [1] . فالإتفـاق علـى التحكيم يجعل سلطة القضاء العام فى الدولة مقيدة بتقديم القدر الازم من الحمايـة ، والذى يحقق لنظام التحكيم فاعليته ، وتتمثل هذه الحماية أثناء خصومة التحكيم فـى مجموعـة مـن الإجراءات ، والأوامر التى تعين هيئة التحكيم على تسيير خصومة التحكـيم ، وتحقـق للقرار الذى تصدره فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الفاعلية الإجرائية التى تكون لأحكام القضاء العام فى الدولة .

الحجـة الثانـية ، والأخيرة – إذا ماتقدم أحد الأطراف المحتكمون – على الرغم من وجود الإتفاق على التحكيم – إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم – مطالـبا الحكـم فـى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وكانت شروط دعواه القضائية متوافرة ، وكانت المحكمة مختصة طبقا لقواعد الإختصاص القضائى المقررة قانونا ، فكيف تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى القضائية ، أو بعـدم اختصاصها بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ؟ ، وقد حددت لها الأنظمة القانونية الوضعية دورا مساعدا أثناء خصومة التحكيم ، كمـا منحـتها ولايـة نظر الطعن فى الحكم الذى تصدره هيئة التحكيم فى الـنزاع المعـروض عليها من قبل الأطراف المحتكمين – بطبيعة الحال فى الأنظمـة القانونية الوضعية التى تجيز الطعن فى حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ؟ :

إذا ماتقدم أحد الأطراف المحتكمون – **على الرغم من وجود الإتفاق على التحكيم** – إلى المحكمـة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **لو لم يوجد اتفاقا علـى التحكـيم** – مطالبا الحكم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وكانت شروط دعـواه القضـائية متوافرة ، وكانت المحكمة مختصة طبقا لقواعد الإختصاص القضائى المقـررة قانونا ، فكيف تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى القضائية ، أو بعدم اختصاصها

---

[1] أنظر : على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٢١٠ .

بـــنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وقد حددت لها الأنظمة القانونية الوضعية دورا مســـاعدا أثـــناء خصـــومة التحكيم ، كما منحتها ولاية نظر الطعن فى الحكم الذى تصـــدره هيئة التحكيم فى النزاع المعروض عليها من قبل الأطراف المحتكمين – **بطبيعة الحال فى الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز الطعن فى حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكـــيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ؟** ، فالمسألة بخصوص التحكيم ليست مسألة عدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو عدم قبول الدعـــوى القضائية ، ولكن المسألة أبعد من ذلك ، فهى تتعلق بنوع الحماية القضائية التى تقدمها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم** – عند الإتفاق على التحكيم .

المبحث السادس

الإتجـــاه الرابع

الدفع بوجود الإتــفاق على التحكيم هو دفعا إجرائيا ببطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعـــى " عدم قابلية المطلـــوب فيها لأن يكون محلا لها " [١]

تقسيم :

تسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب :

المطلـــب الأول : مضمون الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتــفاق على التحكيم هو دفعـا إجرائـيا بـبطلان المطالـبة القضـائية ، بسبب عيب موضوعـــى " عدم قابلية المطلـــوب فيها لأن يكون محلا لها " .

المطلـــب الـــثانى : مايترتـــب من نتائج على الأخذ بالإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتــفـــاق علـــى التحكـــيم هـــو دفعـــا إجرائيا ببطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعـــى " عدم قابلية المطلـــوب فيها لأن يكون محلا لها " .

المطلب الثالث : أسانيد الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتــفاق على التحكيم هو دفعا إجرائـيا بـــبطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعـــى " عدم قابلية المطلـــوب فيها لأن يكون محلا لها " .

والمطلـــب الـــرابع : تقييم الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتــفاق على التحكيم هو دفعـا إجرائـيا بـبطلان المطالـبة القضـائية ، بسبب عيب موضوعـــى " عدم قابلية المطلـــوب فيها لأن يكون محلا لها " .

وذلك على النحو التالى :

---

[١] فى اعتماد هذا الإتجاه ، أنظر : وجدى راغب فهمى – طبيعة الدفع بالتحكيم – المقالة المشار إليها – ص ص ٩٥ – ١٣٨ ، المؤلف – إتفاق التحكيم وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٤٦ ، ص ١٥١ ، ومابعدها .

المطلب الأول

مضمون الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتــفاق على التحكيم هــو دفعا إجرائيا ببطلان المطالبــة القضائية ، بسبب عيب موضوعــى " عــدم قابلية المطلــوب فيهـــا لأن يكـــون محـــلا لهـــا "

ذهــب جانب من الفقه إلى أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا إجرائيا ببطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعى ، هو عدم قابلية الطلــبات الــتى تتضمنها صحيفة افتتاح الدعوى القضائية لأن تكون محلا للمطالبة القضائية ، بسبب الإتفاق على التحكيم بخصوصها ، وهو مايؤدى إلى بطلان المطالبة القضائية :

ذهــب جانب من الفقه إلى أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا إجرائيا ببطلان المطالــبة القضــائية ، بســبب عيب موضوعى ، هو عدم قابلية الطلبات التى تتضمنها صــحيفة افتتاح الدعوى القضائية لأن تكون محلا للمطالبة القضائية ، بسبب الإتفاق على التحكيم بخصوصها ، وهو مايؤدى إلى بطلان المطالبة القضائية [1] .

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى – طبيعة الدفع بالتحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١١٤ ، ومابعدها .

المطلب الثانى

مايترتب من نتائج على الأخذ بالإتجاه القائـــــل بأن الدفع بوجود الإتــفاق على التحكيم هو دفعا إجرائيا ببطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعـــى " عدم قابلية المطلـــوب فيهـــا لأن يكون محـــلا لها "

يرتب أنصار الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتــفاق على التحكيم هو دفعا إجرائــيا بــبطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعى " عدم قابلية المطلــوب فــيها لأن يكــون محــلا لها " النتائج التى تترتب على الدفوع الإجرائية على الدفع بوجود الإتــفاق على التحكيم :

يرتــب أنصـــار الإتجـــاه القائل بأن الدفع بوجود الإتــفاق على التحكيم هو دفعا إجرائيا ببطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعى " **عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محــلا لهـــا** " النتائج التى تترتب على الدفوع الإجرائية على الدفع بوجود الإتــفاق على التحكيم [1] ، **ومن أهمها** [2] :

النتـــيجة الأولـــى – الحكم القضائى الصادر فى الدفع بوجود الإتفاق على التحكـــيم يعد حكما قضائيا صادرا ببطلان المطالبة القضائية ، أو بصحتها ، وتطـــبق علـــيه قواعـــد البطلان الخاص . وكذلك ، بطلان كافة الإجراءات اللاحقـــة علـــى المطالـــبة القضـــائية ، إذا حكم ببطلانها . فضلا عن عدم اســـتعمال معيار الغاية فى هذا الشأن – أى أنه لامحل لتطبيق نص المادة (٢٠) من قانون المرافعات المصرى :

---

[1] أنظر : وجدى راغب فهمى – طبيعة الدفع بالتحكيم – المقالة المشار إليها – ص ص ١٢٠ – ١٢٣

[2] فى دراســـة النـــتائج المترتـــبة على اعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا ببطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعى " عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلا لها " ، أنظر : وجدى راغب فهمى – طبيعة الدفع بالتحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١٢٤ ، ١٢٥ .

يعـد الحكـم القضائى الصادر فى الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم حكما قضائيا صادرا بـبطلان المطالبة القضائية ، أو بصحتها ، وتطبق عليه قواعد البطلان الخاص ، إعتبارا بأنـه يكـون غـير متعلق بالنظام العام . وكذلك ، بطلان كافة الإجراءات اللاحقة على المطالـبة القضـائية ، إذا حكم ببطلانها ، فضلا عن عدم استعمال معيار الغاية فى هذا الشأن ، أى أنه لامحل لتطبيق نص المادة (٢٠) من قانون المرافعات المصرى ، والتى تنص على أنه :

" يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون صراحة على بطلانه ، أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء .

ولايحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء " .

والنتـيجة الثانية : لما كان الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا غير مـتعلق بالنظام العام ، فإنه يخضع لقواعد البطلان الخاص ، والمنصوص عليها فى المادتين (٢/٢١) ، (٢٢) من قانون المرافعات المصرى :

لما كان الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا غير متعلق بالنظام العام ، فإنه يخضع لقواعد البطلان الخاص ، والمنصوص عليها فى المادتين (٢/٢١) ، (٢٢) من قانون **المرافعات المصرى . ومن ثم ، فإنه لايجوز أن يتمسك به إلا من شرع لمصلحته – أى الطـرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم – ولايجوز أن يتمسك به المدعى ، لأنه الخصم** المتسـبب فى البطلان ، كما يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته – **صراحة ، أو ضـمنا** . كما يترتب على الحكم القضائى الصادر ببطلان المطالبة القضائية ، بطلان كافـة الإجـراءات الاحقة ، والمبنية عليها ، وزوال الخصومة القضائية ، باعتبارها أثرا للمطالبة القضائية الباطلة [1] .

---

(١) فى دراسة النظام القانونى لبطلان الأعمال الإجرائية ، بسبب عيب موضوعى " عدم قابلية المطلوب فـيها لأن يكون محلا لها " ، أنظر : فتحى والى – نظرية البطلان فى قانون المرافعات – رسالة مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٥٨ – بند ٧٩ ، ص ١٥٦ ، بند ٢٠٦ ، ومايليه ، ص ٣٨٥ ، ومابعدهـا ، وجـدى راغب فهمى – مبادئ الخصومة المدنية – ص ص ٣٠٨ – ٣١٦ ، إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – الجزء الأول – ١٩٧٤ – بند ٢٦٧ ، ومايليه .

المطلب الثالث

أسانيد الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا إجرائيا ببطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعى " عدم قابلية المطلـــوب فيهـــا لأن يكـــون محلا لهـــا " [1]

أخـــذ أنصار الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا إجرائيا ببطلان المطالـــبة القضائية ، بسبب عيب موضوعى **" عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلا لها "** يسوقون الحجج التى تؤيد وجهة نظرهم ، **أذكر منها مايلى :**

الحجـــة الأولـــى – الدفـــع بوجود الإتفاق على التحكيم لاصلة له بموضوع الدعـــوى القضـــائية ، ولكـــنه يكـــون دفعا موجها إلى إجراءات الخصومة القضائية :

الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم لاصلة له بموضوع الدعوى القضائية ، ولكنه يكون دفعا موجهـــا إلـــى إجراءات الخصومة القضائية ، على أساس أن الإتفاق على التحكيم يرتب الـــتزاما على الأطراف المحتكمين بعدم سلوك إجراءات التقاضى العادية ، والدفع بوجود الإتـــفاق على التحكيم هو الوسيلة الفنية التى يتمسك بها الخصم قبل خصمه بحقه فى عدم إتباع إجراءات التقاضى العادية [2] .

الحجـــة الثانـــية – الإجـــراء هو عملا قانونيا يجب أن تتوافر فيه عناصر موضـــوعية " الأهلية الإختصاص ، الإرادة ، والمحل " ، وأخرى شكلية –

---

(1) فى بـــيان أســـانيد الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتـــفاق على التحكيم يعد دفعا ببطلان المطالبة القضائية بسبب عيب موضوعى " عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلا لها " ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٤٤ ، ص ١٤٩ ، ١٥٠ .

(2) أنظر : وجدى راغب فهمى – طبيعة الدفع بالتحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١١٥ .

أى شـــكل معين – وإلا كان باطلا ، وأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو التمسك بتخلف عنصر موضوعى فى الإجراء ، فهو يتضمن تنازلا من الأطراف الراغبة فى الإلتجاء إلى التحكيم – وبمقتضى الإتفاق على التحكيم – عن تقديم هذا الحق ، أو هذا النزاع عن طريق إجراءات التقاضى العادية ، وهم بذلك يخرجون هذا الحق من أن يكون محلا للمطالبة القضائية :

الإجراء هو عملا قانونيا يجب أن تتوافر فيه عناصر موضوعية " **الأهلية الإختصاص ، الإرادة ، والمحـــل** " ، وأخـــرى شـــكلية – **أى شكل معين** ، وإلا كان باطلا ، وأن الدفع بوجـــود الإتفـــاق على التحكيم هو التمسك بتخلف عنصر موضوعى فى الإجراء ، فهو يتضـــمن تنازلا من الأطراف الراغبة فى الإلتجاء إلى التحكيم – **وبمقتضى الإتفاق على التحكـــيم** – عـــن تقديم هذا الحق ، أو هذا النزاع عن طريق إجراءات التقاضى العادية ، واســـتبداله بإجراءات التحكيم ، وهم بذلك يخرجون هذا الحق من أن يكون محلا للمطالبة القضـــائية . ولذلك ، تطبق عليه قواعد البطلان الخاص ، والمنصوص عليها فى المادتين (٢/٢١) ، (٢٢) مـــن قانون المرافعات المصرى . ومن ثم ، فإنه لايجوز أن يتمسك بـــه إلا من شرع لمصلحته – **أى الطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم** – **ولايجوز أن يتمســـك بـــه من تسبب فيه ، ولايجوز أن يتمسك به المدعى ، لأنه الخصم المتسبب فى البطلان ، كما يزول هذا البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته – صراحة ، أو ضمنا** ، والمطالـــبة به لاتقطع التقادم ، كما تطبق عليه قواعد التحول ، والإنتقاص ، كما يترتب على الحكم القضائى الصادر ببطلان المطالبة القضائية ، بطلان كافة الإجراءات الاحقة ، والمبنية عليها ، وزوال الخصومة القضائية ، باعتبارها أثرا للمطالبة القضائية الباطلة [(١)] ، وهـــو يكون بطلانا بسبب عيب موضوعى " **عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلا لهـــا** " ، لأنه يتعلق بموضوع الإجراء نفسه ، وليس بشكله ، فهو دفعا إجرائيا بحتا [(٢)] ،

---

(١) فى دراسة النظام القانونى لبطلان الأعمال الإجرائية ، بسبب عيب موضوعى " عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلا لها " ، أنظر : فتحى والى – نظرية البطلان فى قانون المرافعات – رسالة مقدمة لكلية الحقـــوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٥٨ – بند ٧٩ ، ص ١٥٦ ، بند ٢٠٦ ، ومايليه ، ص ٣٨٥ ، ومابعدها ، وجدى راغب فهمى – مبادئ الخصومة المدنية – ص ص ٣٠٨ – ٣١٦ ، إبراهيم نجيب سعد – القانون القضائى الخاص – الجزء الأول – ١٩٧٤ – بند ٢٦٧ ، ومايليه .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى – طبيعة الدفع بالتحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١٣٢ .

وهـو دفعا ببطلان المطالبة القضائية . ومن ثم ، تنطبق عليه جميع قواعد الدفع ببطلان الإجراء ، بسبب عيب موضوعى .

الحجـة الثالثة ، والأخيرة – تتبع الصياغات المختلفة للإتجاهات التى قيل بها حول طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم تؤكد إعتباره دفعا ببطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعى " عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلا لها " :

تتـبع الصياغات المختلفة للإتجاهات التى قيل بها حول طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكـيم تؤكـد إعتـباره دفعا ببطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعى " **عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلا لها** " ، فأنصار فكرة عدم اختصاص المحكمة بنظر الـنزاع موضـوع الإتفـاق علـى التحكيم ، أو انتفاء الولاية القضائية يلمسون الطبيعة الإجرائـية البحـتة للدفع بوجود الإتفاق على التحكيم . ولذا ، فإنهم يستبعدون فكرة عدم قـبول الدعوى القضائية ، ويدرجونه ضمن نوع من أنواع الدفوع الإجرائية البحتة . أما أنصار فكرة عدم قبول الدعوى القضائية ، فقد رأوا أن مضمون الإتفاق على التحكيم هو نـزول الخصم عن حقه في الفصل فى الدعوى القضائية عن طريق الخصومة القضائية العادية [1] ، مما يجعل التنازل عن طريق الخصومة القضائية العادية ، وليس التنازل عن حـق الدعوى القضائية . أما من اعتبر أن الإتفاق على التحكيم يتضمن تنازلا عن الحق العـام فـى الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، فإن معناه لايمكن أن ينصرف إلا إلى مجرد التنازل عن إجراءات التقاضى العادية [2] .

ويواصـل أنصـار الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا ببطلان المطالـبة القضائية ، بسبب عيب موضوعى " **عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلا لهـا** " تتبع الصياغات المختلفة للإتجاهات التى قيل بها حول طبيعة الدفع بوجود الإتفاق علـى التحكيم ، فيستندون فى تدعيم وجهة نظرهم إلى صياغة جانب من الفقه الإيطالى ، والـذى عـبر عـن ذلـك بـأن الإتفاق على التحكيم ينشئ دفعا بالتنازل عن الخصومة

---

(1) أنظـر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – مطبعة جامعة القاهرة ، والكتاب الجامعى – بند ٤٤١ ، ص ٩١٣ .

(2) أنظر : وجدى راغب فهمى – طبيعة الدفع بالتحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١١٦ .

القضـــائية [1] ، والـــبعض الآخر منهم قال أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم جواز اتخاذ الإجراءات القضائية [2] . بينما قرر البعض الآخر من الفقه الإيطالى أن بالإتفـــاق علـــى التحكـــيم يتم الفصل فى النزاع موضوعه بوسيلة مختلفة عن الخصومة القضائية ، يطلق عليها إسم : " **بديل الخصومة القضائية** " أو " **شبه الخصومة القضائية** " ، وهـــو معنى يكون قريبا من قول محكمة النقض المصرية ، أن : " **التحكيم هو طريقا إســتثنائيا لفــض المنازعات قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات** " [3] .

---

(١) أنظر :

G . CHOIOVENDA : Istituzionidi di divito processuale civule . V . 1 , 2e ed . Napoli . 1957 . P. 70 . N . 26.

مشـــارا إلـــيه لدى : وجدى راغب فهمى – طبيعة الدفع بالتحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١١٥ ، ١١٦ .

(٢) أنظر :

E . REDENTI : Dirritio processuale civile . V. 111 . Milano . 1957 . N . 264.

مشارا إليه لدى : وجدى راغب فهمى – طبيعة الدفع بالتحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١١٦ .

(٣) أنظر :

F . CATRENELUTTL : Istituzion di dirrito processuale civile . V . 1 , Roma . 1956 . P . 60 . N . 59 .

مشارا إليه لدى : وجدى راغب فهمى – طبيعة الدفع بالتحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١١٦ .

المطلب الرابع

تقييم الإتجاه القائل بأن الدفع بوجــود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا إجرائيا ببطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعى " عدم قابلية المطلــوب فيهــا لأن يكـــون محلا لهـــا "

لاقى الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعد دفعا إجرائيا ببطلان المطالبة القضـــائية ، بســـبب عيـــب موضوعى " **عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلا لها** " بـــدوره نقدا ، مثلما حدث بالنسبة للإتجاهات الفقهية الأخرى بشأن تحديد الطبيعة القانونية للدفع بوجود الإتفاق على التحكيم .

الإنـــتقاد الأول – الإتفـــاق علـــى التحكيم لايتصل بصحيفة افتتاح الدعوى القضائية ، بحيث يكون الدفع به دفعا ببطلانها ، بسبب عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلا لها :

قـــيل بـــأن الإتفاق على التحكيم لايتصل بصحيفة افتتاح الدعوى القضائية ، بحيث يكون الدفـــع به دفعا ببطلانها ، بسبب عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلا لها ، لأن الدفع بـــبطلان صحيفة افتتاح الدعوى القضائية لابد وأن يكون سببه راجعا إليها ، فلا يمكن أن يكون لأمر خارج عنها ، وهو الإتفاق على التحكيم ، والذى قد يوجد سابقا على المطالبة القضـــائية ، كمـــا قـــد يوجـــد بـــالفعل بعـــد رفعها ، وتوافر مقتضياتها الموضوعية ، والشكلية [1] .

الإنـــتقاد الـــثانى – لايتعلق الأمر فى الإتفاق على التحكيم ببطلان المطالبة القضائية ، وإنما بوجود ، أو بعدم وجود الحق فى الدعوى القضائية ، وهو

---

[1] فى بـــيان مقتضـــيات صحة المطالبة القضائية ، أنظر : وجدى راغب فهمى – النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات – ص ٦١٦ ، ومابعدها .

الحـــق فى الحصول على قرار من القاضى العام فى الدولة بصحة ، أو عدم صحة الإدعاء المقدم إليه :

لايتعلق الأمر فى الإتفاق على التحكيم ببطلان المطالبة القضائية ، وإنما بوجود ، أو بعدم وجود الحق فى الدعوى القضائية ، وهو الحق فى الحصول على قرار من القاضى العام فـــى الدولـــة بصـــحة ، أو عـــدم صحة الإدعاء المقدم إليه . **فمقتضيات صحة المطالبة القضائية هى :**

المقتضى الأول – الأهلية الإجرائية :

يقصد بالأهلية الإجرائية : صلاحية الشخص للقيام بعمل إجرائى باسمه ، ولمصلحته .

المقتضى الثانى : صحة التمثيل القانونى .

المقتضى الثالث – الإرادة :

المطالـــبة القضائية هى عملا قانونيا تعتد فيه الأنظمة القانونية الوضعية بالإرادة ، ولكن لاتأثير لعيوب الإرادة فى صحتها .

والمقتضى الرابع ، والأخير – شكل المطالبة القضائية :

المطالـــبة القضائية هى إجراء شكليا ، يرمى الشكل فيه إلى ضمان علم القاضى العام فى الدولة ، والخصوم فى الدعوى القضائية بمضمون المطالبة القضائية ، فإذا تخلفت إحدى هذه المقتضيات ، فالقاعدة أن الجزاء هو البطلان [1] .

كما أن المحل – **كمقتضى موضوعى من مقتضيات المطالبة القضائية** – يعنى أن تتضمن المطالـــبة القضـــائية طلبا موضوعيا محددا ، وإلا كانت باطلة ، أما أن يكون هذا الطلب قانونـــيا ، أو غير قانونى ، فهذه مسألة تتعلق بالدعوى القضائية ، والتى تعتبر – **بحق** – موضوع المطالبة القضائية . فإذا كان الطلب غير قانونى – **كما فى المطالب الإقتصادية البحتة ، الطلبات غير المشروعة ، والدعاوى القضائية الملوثة** – فإن الدعوى القضائية تكون غير مقبولة [2] .

---

(1) أنظر : على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

(2) أنظر : على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٢٠٧ .

الإنــتقاد الثالث ، والأخير – إذا كان على القاضى العام فى الدولة أن يبحث بداهــة موضــوع الإدعــاء المقدم إليه – كشرط لوجود الحق فى الدعوى القضــائية – وهــذا يقتضى أن يكون الإدعاء كافيا ، لكى يتمكن من بحث جميع العناصر المكونة للحق الموضوعى المتنازع عليه ، فإنه وفيما يتعلق بالتحكــيم ، فــإن عدم كفاية الإدعاء يرجع إلى نص القانون ، والذى قرر للخصــوم الحــق فى الإتفاق على التحكيم . ولذلك ، فإن المشكلة تكمن فى تحديد مصدر اختصاص هيئة التحكيم – القانون ، أم الإتفاق :

إذا كــان علــى القاضى العام فى الدولة أن يبحث بداهة موضوع الإدعاء المقدم إليه – **كشــرط لوجود الحق فى الدعوى القضائية** – وهذا يقتضى أن يكون الإدعاء كافيا ، لكى يتمكن من بحث جميع العناصر المكونة للحق الموضوعى المتنازع عليه ، فإذا كان عبء الإدعــاء غير كاف ، فإنه لاينبغى على القاضى العام فى الدولة أن يستمر فى البحث عما قالــه الخصــوم فى الدعوى القضائية ، مما يوفر عليه عناء البحث عن الحقيقة . ويجب لكفايــة الإدعاء ألا يكون قد سبق الفصل فى موضوعه ، وألا يكون مخالفا للنظام العام . فإنــه وفيما يتعلق بالتحكيم ، فإن عدم كفاية الإدعاء يرجع إلى نص القانون ، والذى قرر للخصــوم الحــق فى **الإتفاق على التحكيم . ولذلك ، فإن المشكلة تكمن فى تحديد مصدر** اختصــاص هيــئة التحكــيم – **القانون ، أم الإتفاق** – فالقانون يحدد حالات ، وشروط ممارســة **الخصوم لحقهم فى الإلتجاء إلى التحكيم – وهو مصدر التحكيم دائما** – فإذا لم تتوافر مثل هذه الشروط ، فإنه يكون على القاضى العام فى الدولة أن يقضى باختصاص ، أو عدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] .

---

[1] أنظر : **محمد نور عبد الهادى شحاته** – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١٠٣

المبحث السابع
طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم من وجهة نظـــر الباحث

لاقت التأصيلات الشائعة فى الفقه لطبيعة الدفع بوجود الإتفاق على بالتحكيم مـــن الإنتقادات مايستعصى بعضها على الدحض ، والرد عليه ، مما أحدث اضطرابا فى لغة القضاء ، والتشريع المقارن :

لاقت التأصيلات الشائعة فى الفقه لطبيعة الدفع بوجود الإتفاق على بالتحكيم من الإنتقادات مايستعصـــى بعضها على الدحض ، والرد عليه ، مما أحدث اضطرابا فى لغة القضاء ، والتشـــريع المقارن ، فقد رأينا أن المادة (١٤٥٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية قد اعتـــبرت الدفـــع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضـــوع الإتفـــاق على التحكيم . بينما كان قانون المرافعات المصرى – **وفى نصوص التحكـــيم المصرى الملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " المواد (٥٠١ – (٥١٣) - قد التزم الصمت إزاء تحديد الطبيعة القانونية للدفع بوجود الإتفاق على التحكيم . بينما جاء القانون الوضـــعى المصـــرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والـــتجارية واعتبر الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية " المادة (١/١٣) "** . فضلا عن الإضطراب الذى حدث فى لغة القضاء المقارن .

نظـــرا لأن التأصـــيلات الشائعة فى الفقه لطبيعة الدفع بوجود الإتفاق على بالتحكـــيم قد لاقت من الإنتقادات مايستعصى بعضها على الدحض ، والرد علـــيه ، ممـــا أحـــدث اضطرابا فى لغة القضاء ، والتشريع المقارن ، فإنه لايسعنا إلا أن نؤيد الإتجاه القائل باعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعـــا بـــبطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعى ، ألا وهو عدم قـــبول الطلـــبات التى تتضمنها لأن تكون محلا للمطالبة القضائية ، بسبب الإتفاق على التحكيم :

نظرا لأن التأصيلات الشائعة فى الفقه لطبيعة الدفع بوجود الإتفاق على بالتحكيم قد لاقت مـــن الإنتقادات مايستعصى بعضها على الدحض ، والرد عليه ، مما أحدث اضطرابا فى لغـــة القضـــاء ، والتشريع المقارن ، فإنه لايسعنا إلا أن نؤيد الإتجاه القائل باعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا ببطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعى ، ألا وهو عدم قبول الطلبات التى تتضمنها لأن تكون محلا للمطالبة القضائية ، بسبب الإتفاق علـــى التحكيم ، فهو دفعا يدخل فى عداد الدفوع الإجرائية ، ويأخذ طبيعتها ، وفى داخل الدفـــوع الإجرائـــية يمكـــن تأصيله بأنه دفعا ببطلان المطالبة القضائية ، لتخلف عنصر موضوعى فيها .

فـــى ترجيحنا للإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بـــبطلان المطالـــبة القضائية ، بسبب عيب موضوعى ، ألا وهو عدم قبول الطلـــبات التى تتضمنها لأن تكون محلا للمطالبة القضائية ، بسبب الإتفاق على التحكيم ، فإننا نعتمد فى ذلك على سلامة الأساس القانونى الذى يعتمد عليه ومنطقيته :

فى ترجيحنا للإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا ببطلان المطالبة القضائية ، بسبب عيب موضوعى ، ألا وهو عدم قبول الطلبات التى تتضمنها لأن تكون محـــلا للمطالـــبة القضائية ، بسبب الإتفاق على التحكيم ، فإننا نعتمد فى ذلك على سلامة الأساس القانونى الذى يعتمد عليه ، ومنطقيته .

القـــاعدة التى أخذت بها أحكام القضاء تتمثل فى وجوب إبداء الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم قبل الكلام فى موضوع الدعوى القضائية ، وإلا سقط الحـــق فـــى إبدائه ، وهذه القاعدة ، وذلك التأصيل للطبيعة القانونية للدفع بوجود الإتفاق على التحكيم تستبعد التسليم بالإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يعتبر دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية :

القـــاعدة الـــتى أخذت بها أحكام القضاء تتمثل فى وجوب إبداء الدفع بوجود الإتفاق على التحكـــيم قـــبل الكلام فى موضوع الدعوى القضائية ، وإلا سقط الحق فى إبدائه ، وهذه القاعدة ، وذلك التأصيل للطبيعة القانونية للدفع بوجود الإتفاق على التحكيم تستبعد التسليم بالإتجـــاه القـــائل بـــأن الدفـــع بوجود الإتفاق على التحكيم يعتبر دفعا بعدم قبول الدعوى

القضـــائية ، لأن الدفـــع بعدم قبول الدعوى القضائية يجوز التمسك به فى أية حالة تكون علـــيها الإجـــراءات ، طبقا لنص المادتين (١٢٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (١١٥) مـــن قـــانون المرافعات المصرى ، وهذا يخالف القاعدة التى أخذت بها أحكام القضـــاء ، وهى أن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم يجب إبدائه قبل الكلام فى موضوع الدعوى القضائية ، وإلا سقط الحق فى إبدائه .

محكمـــة الـــنقض المصـــرية كانـــت قد قررت فى بعض أحكامها أن الحكم القضـــائى الصـــادر فـــى الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم لايستنفد سلطة محكمة أول درجة فى موضوع الدعوى القضائية ، وهذا الحكم لاينطبق إلا على الدفوع الإجرائية البحتة :

محكمة النقض المصرية كانت قد قررت فى بعض أحكامها أن الحكم القضائى الصادر فى الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم لايستنفد سلطة محكمة أول درجة فى موضوع الدعوى القضائية ، وهذا الحكم لاينطبق إلا على الدفوع الإجرائية البحتة .

ترتـــب بعضا من التشريعات العربية على الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم أثرا إجرائيا بحتا ، ألا وهو وقف الإجراءات ، لحين صدور حكم التحكيم فى الـــنزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم ، ونخلص من ذلك ، إلى أن تطبيق الضـــوابط الفنية للأفكار العامة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية . وكذلك ، الأحكام العملية المأخوذ بها فى أحكام القضاء بالنسبة للدفع بوجود الإتفـــاق علـــى التحكيم تؤكد على اعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعـــا إجرائـــيا بحـــتا . وبالـــتالى ، تترتـــب على التكييف النتائج العملية المستخلصة من هذا التأصيل لطبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم :

بعضـــا من التشريعات العربية ترتب على الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم أثرا إجرائيا بحتا ، ألا وهو وقف الإجراءات ، لحين صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ونخلص من ذلك ، إلى أن تطبيق الضوابط الفنية للأفكار العامة فى قانون المـــرافعات المدنية ، والتجارية . وكذلك ، الأحكام العملية المأخوذ بها فى أحكام القضاء بالنســـبة للدفـــع بوجود الإتفاق على التحكيم تؤكد على اعتبار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم دفعا إجرائيا بحتا . وبالتالى ، تترتب على التكييف النتائج العملية المستخلصة من

هـــذا التأصيل لطبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، فتنص المادة (٥٤) من قانون الإجراءات المدنية السوداني على أنه :

" إذا كان هناك اتفاقا بالإحالة للتحكيم ، ورفعت دعوى من أحد الأطراف في ذلك الإتفاق ، أو من شخص يدعى عن طريقه بشأن أى مسألة اتفق على إحالتها للتحكيم ، جاز لأى خصم في الدعوى وفي أقرب فرصة ممكنة وقبل البدء في سماع الدعوى ، أن يطلب من المحكمة وقف الدعوى " .

كما تنص المادة (٦) من قانون التحكيم الأردني رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣ على أنه :

" إذا شـــرع أحـــد فريقي التحكيم في اتخاذ إجراءات قانونية أمام أى محكمة ضد الفريق الآخر بشأن أمر تم الإتفاق على إحالته للتحكيم ، يجوز للفريق الآخر – قبل الدخول في أساس الدعوى – أن يطلب من المحكمة أن تصدر قرارا بتوقيف الإجراءات " .

وتنص المادة (٢٥٣) من قانون المرافعات العراقي على أنه :

" إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ، ومع ذلك لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون الإعـــتداد بشـــرط التحكـــيم ، واعترض الخصم في الجلسة الأولى ، تقرر المحكمة إعتبار الدعوى متأخرة حتى يصدر قرار التحكيم " [1] .

مـــن الممكـــن التسليم بفكرة بطلان الإجراء ، بسبب عدم قابلية المحل لأن يكـــون محـــلا للمطالبة القضائية ، وهو ماينطبق على الدفع بوجود الإتفاق علـــى التحكـــيم ، وإذا كانت هذه الفكرة تعد فكرة غير مألوفة ، لأن المجال المـــألوف للبطلان هو العيوب الشكلية للإجراء ، إلا أن هذا الرأى قد أصبح مرجوحا ، نظرا لأن فقه المرافعات الحديث قد أصبح ينظر للإجراء بوصفه عمـــلا قانونيا يتضمن عناصر موضوعية ، وأخرى شكلية ، بحيث يترتب الـــبطلان على تخلف إحداها ، مما يستوجب الإعتراف بفكرة البطلان لعيب موضوعى ، بجانب البطلان لعيب شكلى :

---

[1] راجع هذه النصوص القانونية الوضعية ، وغيرها من النصوص الواردة في التشريعات الوضعية العربية في نفس المعنى : أحمد أبو الوفا – التحكيم في القوانين العربية – ١٩٨٧ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٢٥٠ ، ومابعدها .

إذا كـــان فقه قانون المرافعات الحديث يميز بين الإجراءات – **أى الخصومة من ناحية ، والدعوى القضائية من ناحية أخرى** – حيث ينظر للإجراء بوصفه عملا قانونيا يتضمن عناصــــر موضـــوعية ، وأخرى شكلية ، بحيث يترتب البطلان على تخلف إحداها ، مما يتوجـــب الإعـــتراف بفكرة البطلان لعيب موضوعى ، بجانب البطلان لعيب شكلى . أما عـــدم قبول الدعوى القضائية ، فإنه يكون جزاء لتخلف الحق فى الدعوى القضائية ، أو التعسف فى استعمال الحق . بمعنى ، أن الإجراء القضائى يعد عملا قانونيا ، تتكامل فيه العناصــــر الموضوعية ، والعناصر الشكلية . وبالتالى ، فقـــــد أصبح من الممكن التسليم بفكرة بطلان الإجراء ، بسبب عدم قابلية المحل لأن يكون محلا للمطالبة القضائية ، وهو ماينطـــبق علـــى الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم ، وإذا كانت هذه الفكرة تعد فكرة غير مألوفة ، لأن المجال المألوف للبطلان هو العيوب الشكلية للإجراء ، إلا أن هذا الرأى قد أصبح مرجوحا ، نظرا لأن فقه المرافعات الحديث قد أصبح ينظر للإجراء بوصفه عملا قانونـــيا يتضمن عناصر موضوعية ، وأخرى شكلية ، بحيث يترتب البطلان على تخلف إحداها ، مما يستوجب الإعتراف بفكرة البطلان لعيب موضوعى ، بجانب البطلان لعيب شكلى [1] .

---

(1) أنظـــر : وجدى راغب فهمى – دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء المدنى – مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة عين شمس – العدد الأول – س (١٨) – ١٩٧٦ – ص ٧٩ ، ومابعدها . وبصفة خاصة ، بند ٤٦ ، ص ١٦١ .

الباب الثالث

نطـــاق الأثر السلبى

للإتفاق على التحكيم

تمهيد ، وتقسيم :

لمـــا كان الإلتجاء إلى نظام التحكيم - **كوسيلة للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، والتى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة** - لايكون إلا من خلال اتفاق عليه ، يحدد فيه النزاع المراد الفصل فيه بهذا الطريق الخاص للتقاضى ، بشرط أن يكون من بين المنازعات الجائز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، وفقا لما تضعه القوانين الوضعية فى هذا الشأن من قيود قانونية ، تحدد فيها مايجوز من منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، فضلا عن تسمية أعضاء هيئة التحكيم من قبل الأطراف المحتكمين ، أو على الأقل بيان طريقة تعيينهم ، وضرورة انصراف إرادة الأطراف المحتكمين إلى اختيار نظام التحكيم ، للفصل فـــى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عـــن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، دون غيره من الأنظمة القانونية الأخرى ، والتى قد تختلط به فى الممارسة العملية - **كالصلح مثلا** ، **وتمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الباب إلى ثمانية فصول :**

الفصل الأول : الإتفاق على التحكيم لايفترض ، وإنما يجب أن تنصرف إرادة الأطراف المحتكمين إلى الفصل فى النزاع الذى يدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العـــام فـــى الدولـــة عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية .

الفصل الثانى : يجـــب أن يتضمن الإتفاق على التحكيم تحديدا للنزاع الذى يدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة .

الفصل الثالث : منازعات لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم .

الفصل الرابع : الجزاء المترتب على الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى نزاع غير جائز الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم .

الفصل الخامس : الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى منازعات العقود الإدارية " التحكيم الإختيارى فى منازعات العقود الإدارية " .

الفصل السادس : مدى اختصاص القضاء المستعجل بالوجه المستعجل من النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

الفصل السابع : إلتزام هيئة التحكيم بحدود ولايتها الإستثنائية .

والفصل الثامن : النطاق المحدد للطلبات العارضة فى خصومة التحكيم .
وذلك على النحو التالى :

الفصل الأول

الإتفاق علـــى التحكيم لايفترض ، وإنما يجـــب أن تنصرف إرادة الأطراف المحتكمين إلـــى الفصل فى النزاع الذى يدخل أصلا فـــى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة عن طريق هيئة تحكيـــم ، تتشكل مـــن أفـــراد عاديين ، أو هيئـــات غير قضائية

إذا كـــان القانون قد أجاز التجاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة إلى نظام التحكـــيم ، للفصـــل فـــى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقـــررة للقضاء العام فى الدولة عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عادييـــن ، أو هيـــئات غـــير قضائية ، ونظم قواعده ، فإنه بذلك يكون قد اعترف بحق التقاضى بعيدا عن القضاء العام فى الدولة :

إذا كـــان القـــانون قد أجاز إلتجاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة إلى نظام التحكيم ، للفصـــل فـــى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولـــة عـــن طـــريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، **أو هيئات غير قضائية** ، ونظمـــت قواعـــده ، فإنه بذلك يكون قد اعترف بحق التقاضى بعيدا عن القضاء العام فى الدولـــة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات التى يمكن أن تنشـــأ بيـــنهم - **وأيـــا كان موضوعها** - إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، ويكون لهم حرية الإلتجاء إما إلى القضاء العام فى الدولة ، وإما إلى قضاء التحكيم .

يـــتم الإتفـــاق على التحكيم - كأى عقد - بالإيجاب ، والقبول ، ويتعين أن تتوافر فيه الشروط التى يتطلبها القانون فى سائر العقود :

يـــتم الإتفـــاق علـــى التحكيم - **كأى عقد** - بالإيجاب ، والقبول ، ويتعين أن تتوافر فيه الشـــروط التى يتطلبها القانون فى سائر العقود - **كتوافر الأهلية لدى المتعاقدين ، إنتفاء شوائب الرضا ، وتوافر موضوع العقد ، وسببه .**

الإتفاق على التحكيم – كأى عقد – قوامه الإرادة :

الإتفـــاق علــــى التحكيم – **كأى عقد** – قوامه الإرادة ، فإذا انتفت هذه الإرادة تماما ، كان معدوما . أما إذا كانت هذه الإرادة صادرة ممن يملكها ، ولكنها كانت معيبة – **أى مشوبة بغلط ، أو تدليس ، أو إكراه ، أو استغلال** – فإن الإتفاق على التحكيم يكون باطلا ، وفقا لقواعد القانون المدنى . فالإتفاق على التحكيم – **كغيره من التصرفات القانونية** – يتطلب تحقــق رضاء أطرافه – **الخالى من العيوب** – بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المـــنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طـــريق هيـــئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، وصدوره من أشخاص مكتملى الأهلية ، ويملكون سلطة إلزام أطرافه بما تلاقت عليه إراداتهم المشتركة فى هذا الشأن ، وأن يكون محل الرضا ذى خصائص معينة .

فــإذا كـــان الإتفاق على التحكيم هو مجرد عقدا من العقود ، تنطبق عليه – **شأنه شأن سائر العقود** – القواعد العامة فى العقد ، والمنصوص عليها فى القانون المدنى ، وليست القواعـــد الـــتى تحكـــم الأعمــــال الإجرائية ، والتى تنظمها قوانين المرافعات المدنية ، والتجارية ، **فإنه ينبغى لقيام الإتفاق على التحكيم أن يتوافر رضاء أطرافه بالإلتجاء إلى** نظـــام التحكـــيم ، للفصــــل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة **للقضــــاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، فضلا عن ضرورة أن يجئ هذا الرضا صحيحا ، وسليما** . فالإتفاق على التحكـــيم **لايعدوا أن يكون تصرفا قانونيا ، يتم بإرادتين ، ويخضع فى قواعده ، وأحكامه** لمــــا تخضع له سائر العقود من قواعد ، وأحكام خاصة بانعقاده ، تفسيره ، ترتيب آثاره القانونـــية ، وتحديد نطاقها ، فضلا عن القواعد الخاصة التى يخضع لها ، والمنصوص علـــيها ســـواء فــــى قوانين المرافعات المدنية ، والتجارية ، فى مختلف الأنظمة القانونية الوضــــعية ، **أو فــــى القوانيـــن الوضعية الخاصة المنظمة للتحكيم – كالقـــانون الوضعى المصـــرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية –** ونتـــيجة لذلك ، **فإنه يلزم لوجود الإتفاق على التحكيم أن توافر أركانه** ، وهى : الرضا ، المحـــل ، والسبب . ويلزم لصحة هذا الوجود أن يكون الرضا به صادرا عن أهلية يعتد بها القانون ، وأن يكون خاليا من العيوب المفسدة له .

فـــيلزم لوجـــود تراضى الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصــــل فــــى المنازعات التى تدخل أصلا **فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى**

الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية أمرين أساسين ، يلزم التحرز من الخلط بينهما ، وهما :

الأمـــر الأول – وجـــود رضـــاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكـــيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العـــام فـــى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية :

ويعـــنى وجـــود رضـــاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصـــل فـــى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولـــة ، عـــن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية : تطـــابق إرادتين ، واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية ، تبعا لمضمون مااتفقا عليه ، فلا بد من إيجاب ، وقبول يتلاقيان على اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصـــلا فـــى الولايـــة القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية . فتطابق الإرادتين يتم بتوافق الإيجاب ، والقبول من قبل أطراف الإتفاق على التحكيم . أو بعبارة أخرى ، يجب أن يكون التعبير عـــن الإرادة لكـــل طـــرف من أطراف الإتفاق على التحكيم متطابقا مع تعبير الأطراف الآخريـــن . وعـــندئذ ، تطبق القواعد العامة لنظرية العقد ، من حيث طرق التعبير عن الإرادة ، الوقـــت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانونى ، والتعاقد بين غائبين ، إلى غير ذلك من الأحكام العامة .

ويـــؤدى تخلـــف رضـــاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصـــل فـــى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولـــة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية إلى وقوع الإتفاق على التحكيم باطلا .

والأمـــر الـــثانى : صحة رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكـــيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العـــام فـــى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية :

حيث إن فساده يؤدى إلى وقوع الإتفاق على التحكيم قابلا للإبطال .

فلوجود رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المـــنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية يلزم أن توجد إرادة الإلـــتجاء إلـــيه ، كبديل للقضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصـــل فـــى جمـــيع منازعات الأفراد ، والجماعات فيها - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، وأن تتجه إلى إحداث الأثر القانونى المقصود منه ، بشرط أن تكون فى ذلك جادة ، غير هازلة ، حقيقية ، وليست صورية وأن يتم التعبير عن هذه الإرادة ، بإخراجها من نفس صاحبها إلى العالم الخارجى الملموس ، بأحد طرق التعبير عن الإرادة . فضلا عن التقاء التعبير عن إرادة أحد أطراف الإتفاق على التحكيم مع التعبير عن إرادة الأطراف الآخرين فيه ، بالإلتجاء إلى نظـــام التحكيم ، للفصل فى المـــنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طـــريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية . ذلك أنه يشترط على وجه التحديد أن يكون موضوع الإتفاق على التحكيم هو الإلتجاء الإختيارى لأطرافه لـــنظام التحكـــيم ، فـــى صدد نزاع يكون ناشئا عن علاقة قانونية محددة ، تدخل ضمن المســـائل التى يجوز الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها عن طريق نظام التحكـــيم . ويســـتمد الإتفـــاق علـــى التحكيم سنده من القانون الذى يعترف به ، كأسلوب **مشروع للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام** فى الدولة ، بحيث يعد متوافرا سببه ، وجائزا قانونا - **وفـــى جميع الأحوال** - متى تحقق الرضا ، والمحل المشار إليهما .

فينبغى أن تنصرف إرادة كل من أطراف الإتفاق على التحكيم إلى اختيار نظام التحكيم ، للفصـــل فـــى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، فإذا انصـــرفت إرادة أحدهـــم إلى عدم وجود شرط التحكيم ، أو مشارطته ، فلانكون بصدد اتفاق على التحكيم ، لاشتراط إنصراف إرادة كل أطراف الإتفاق على التحكيم إلى اختيار نظـــام التحكـــيم ، للفصـــل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضـــاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غـــير قضـــائية . فالإرادة المنفردة لأحد أطراف الإتفاق على التحكيم بالإلتجاء إلى نظام التحكـــيم ، للفصل فى النزاع الذى يدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام

فـــى الدولـــة ، عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية لاتكفى لانعقاده ، بل لابد من وجود إراداتين متطابقتين فى هذا الشأن .

وإذا تلاقـــت إرادة أطراف الإتفاق على التحكيم - **أى تم تبادل الإيجاب - والقبول** - فإن تراضـــى الأطـــراف المحتكمين بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشـــكل مـــن أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية يكون قد تم ، ويكون الإتفاق على التحكيم قد انعقد ، إذا ماتوافر الركنان الآخران .

وفضـــلا عـــن وجـــود رضاء أطراف الإتفاق على التحكيم بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصـــل فـــى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، فإنه ينبغى أن يكون صحيحا ، أى أن يصدر عن شخص يتمتع بالأهلية الازمة لإصداره ، وأن يكون خاليا من العيوب المفسدة له " الغلط ، الإكراه ، التدليس ، والإستغلال " .

تنطـــبق القواعد ، والأحكام المتعلقة بركن السبب فى النظرية العامة للعقد على السبب فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان أم مشارطة :

تنطـــبق القواعد ، والأحكام المتعلقة بركن السبب فى النظرية العامة للعقد على السبب فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان أم مشارطة - على أساس أن السبب فى التزام أحد أطـــراف الإتفـــاق علـــى التحكيم هو نزول الأطراف الآخرين عن الحق فى الإلتجاء إلى القضـــاء العام فى الدولة ، مع التزامهم بعرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أمام هيـــئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، لتفصل فيه بحكم تحكيم يكون ملزما لهم .

إذا ماكـــان الإتفـــاق علـــى التحكيم يتم - كسائر العقود - بتراضى أطرافه المحتكميـــن علـــى الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخـــل أصـــلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طـــريق هيـــئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، فإنه لايشترط لصحته أن يتم فى زمن معين :

إذا ماكــان الإتفاق على التحكيم يتم - **كسائر العقود** - بتراضى أطرافه المحتكمين على الإلــتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيــئات غــير قضائية ، فإنه لايشترط لصحته أن يتم فى زمن معين ، فقد يتم قبل نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أصلا بين الأطراف المحتكمين - **كما فى حالة شرط التحكــيم** - وقــد يتم بعد نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالفعل بين الأطراف المحتكمين - **كما فى حالة مشارطة التحكيم** - وقد يصح الإتفاق على التحكيم أيضا حتى بعد رفع الدعوى القضائية إلى القضاء العام فى الدولة ، وذلك فى بعض الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز ذلك .

إذا كان رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصــل فــى المــنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيــئات غير قضائية يعد ركنا أساسيا للإتفاق عليه ، فإن هذا الرضاء لايفترض ، بل لابد من وجود الدليل عليه :

إذا كان رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المــنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طــريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية يعد ركنا أساسيا للإتفــاق عليه ، فإن هذا الرضاء لايفترض ، بل لابد من وجود الدليل عليه ، لأن الإتفاق على التحكيم يشكل خروجا على الأصل العام فى التقاضى العام فى الدولة ، فكان لابد من التعبــير عنه صراحة ، وعدم افتراضه ، باعتباره نظاما إستثنائيا ، يتضمن خروجا على الأصل العام فى اختصاص القضاء العام فى الدولة بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات فيها - **وأيا كان موضوعها** - لذا ، فإنه يجب أن يتم تخصيص نظام التحكيم بالذكر فى الإتفاق عليه بين الأطراف المحتكمين ، أو الإحالة إليه بوجه خاص .

الغالــب أن يقــع التعبير عن إرادة أطراف الإتفاق على التحكيم على اتخاذ نظــام التحكــيم وســيلة للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية

القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية صريحا :

الغالب أن يقع التعبير عن إرادة أطراف الإتفاق على التحكيم على اتخاذ نظام التحكيم وسيلة للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى للدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية صريحا ، فيبرم الأطراف المحتكمون مشارطة تحكيم ، يتفقون فيها على إحالة النزاع الذى نشأ فعلا بينهم ، لحظة الإتفاق على التحكيم ، إلى هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، أو يدرجون نصا فى العقد الأصلى – **مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمن شرط التحكيم** – على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، عند نشأة النزاع المحتمل وغير المحدد بينهم فى المستقبل ، والمتعلق بتنفيذه ، أو تفسيره ، أو يوقعون مشارطة التحكيم ، أو العقد النموذجى الذى يتضمن شرط التحكيم ، أو يتبادلون الوثائق المكتوبة - كالرسائل ، أو البرقيات ، أو غيرها من وسائل الإتصالات الحديثة ، والتى تظهر بوضوح إبرامهم للإتفاق على التحكيم – وفى جميع الأحوال ، فإنه يلزم أن تكون إرادة الأطراف المحتكمين على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية صريحة وواضحة .

لايقع التعبير عن إرادة الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة دائما بصراحة ، ووضوح ، فيثير تفسيرها بعض الصعوبات :

لايقع التعبير عن إرادة الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة دائما بصراحة ، ووضوح ، فيثير تفسيرها بعض الصعوبات .

إذا انضـم أشخاص آخرون إلى الإتفاق على التحكيم ، فإنه يجب أن يكون انضمامهم لهذا الإتفاق صريحا :

إذا انضم أشخاص آخرون إلى الإتفاق على التحكيم ، فإنه يجب أن يكون انضمامهم لهذا الإتفاق صريحا ، فلايفترض لمجرد دخولهم ، أو اشتراكهم فى علاقة الأطراف الأصليين فى الإتفاق على التحكيم .

إذا أحـال الأطراف المحتكمون صراحة إلى الشروط العامة المتضمنة لشرط التحكيم ، فإنه يكون من الواجب الإحالة إلى شرط التحكيم صراحة :

إذا أحال الأطراف المحتكمون صراحة إلى الشروط العامة المتضمنة لشرط التحكيم ، فإنه يكون من الواجب الإحالة إلى شرط التحكيم صراحة .

تقتضى المعاملات الدولية صورا أكثر تعقيدا ، فيما يتعلق بالتعبير عن إرادة الأفـراد ، والجماعـات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة دائما بصراحة ، ووضوح ، فيثير تفسيرها بعض الصعوبات :

تقتضـى المعـاملات الدولية صورا أكثر تعقيدا ، فيما يتعلق بالتعبير عن إرادة الأفراد ، والجماعـات بالإلـتجاء إلـى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولايـة القضـائية المقـررة للقضاء العام فى الدولة دائما بصراحة ، ووضوح ، فيثير تفسـيرها بعـض الصعوبات ، حيث الشائع أن يتفاوض الأطراف ذوو الشأن على مجرد العناصـر الأساسية للعملية موضوع التعاقد " **الثمن ، خصائص المبيع ، موعد التسليم ، إلـخ** " ، مكتفين بإرفاق شروط عامة ، مطبوعة ، ومعدة بواسطة أحد الطرفين فى ظهر الإتفاق ، أو بالإحالة إلى الشروط النموذجية ، والموضوعة بواسطة إحدى الهيئات الدولية المتخصصـة . ولمـا كانت الشروط العامة الملحقة ، أو الشروط النموذجية المحال إليها بـنص خاص تتضمن عادة شروطا للتحكيم ، فإنه يثور التساؤل عندئذ عما إذا كان يوجد رضاء من الأطراف ذوى الشأن بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، من عدمه ؟ .

وفي عقد النقل البحرى بسند شحن ، فإنه يندر أن يتضمن سند الشحن شرطا للتحكيم ، في حيـن يغلـب صـدور هذا العقد بموجب مشارطة إيجار للسفينة ، محيلا لنصوص هذه المشـارطة . والـتى من بينها : شرطا للتحكيم . ومن هنا يثور التساؤل هل يعتبر حامل سند الشحن قد ارتضى بالإتفاق على التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار ؟ . وما هى شروط توافـر هـذا الرضـاء ؟ . وهل تعد الإحالة إلى الوثيقة الأخرى - **والتى هى مشارطة الإيجـار** - كافـية للقول بانصراف نية الأطراف ذوى الشأن فى سند الشحن إلى اختيار نظام التحكيم الوارد ضمن محتوياتها ، طريقا للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولايـة القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ؟ . أم يجب أن تكون الإحالة إلى المشارطة إحالة خاصة ، واضحة ، ومحددة إلى شرط التحكيم الوارد بها ؟ .

ففـى مجـال عقود النقل البحرى ، حيث كثيرا ماينص فى عقد نقل البضائع على سريان كافة شروط عقد استئجار السفينة ، ويحتوى هذا العقد الأخير على شرط للتحكيم ، وتبرز حينئذ أهمية حسم مسألة وجود اتفاقا على التحكيم ، للفصل فى المنازعات الناشئة عن عقد نقل البضائع ، عن طريق نظام التحكيم الوارد فى عقد استئجار السفينة ، رغم أن أطراف الـتعاقد يخـتلفون فى كل من العقدين ، وليست هناك علاقة - ولو غير مباشرة - تربط المسـتفيد فـى عقـد النقل البحرى بمالك السفينة . والفرض عندئذ أن العقد المبرم بين الأطراف ذوى الشأن - **وهو سند الشحن ، والذى نشأت المنازعة بمناسبته - لايتضمن** اتفاقا على التحكيم ، فى حين أشار هذا العقد إلى تطبيق شروط عقد آخر ، يكون قائما بين الأطراف ذوى الشأن - **وهو مشارطة الإيجار** - للإرتباط بينهما ، فما مدى تأثير الإتفاق علـى التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار على العلاقات الناشئة عن سند الشحن الذى يحيل إلـيها ؟ ، وما هو تأثير هذه الإحالة الواردة فى سند الشحن إلى شروط مشارطة الإيجار علـى رضـاء الشاحن ، أو الغير حامل سند الشحن ، أو المرسل إليه ، أو المؤمن على البضـاعة ، أو المستأجر من الباطن ، أو من ظهر إليه السند ، ممن لم يكونوا أطرافا فى مشارطة الإيجار المحال إليها ؟ . وهل تكفى هذه الإحالة لتوافر الرضا فى حق هؤلاء ؟ . وهـل يشـترط شكلا خاصا ، أو صيغة معينة لتلك الإحالة ؟ . وبمعنى آخر ، هل تكفى الإحالـة العامـة لشروط مشارطة الإيجار ، لالتزام من لم يكن طرفا فيها ، أو لالتزام حـامل سـند الشحن بشرط التحكيم الوارد بها ؟ . أم هل يستلزم الأمر إحالة خاصة إلى شـرط التحكيم نفسه ؟ . وهل تقتصر الإجابة على هذا التساؤل على بحث شرط الإحالة

الــوارد بســند الشــحن ؟ . أم هــل يجب أن يمتد البحث لشرط التحكيم نفسه ، والوارد بمشارطة الإيجار المحال إليها ؟ .

وفــى إطــار المعــاملات الجارية بين الأطراف ذوى الشأن ، فإنه من المتصور أن يتم الإتفاق فى صدد عقد جديد بالإشارة إلى شروط عقد قائم ، أو سابق ، ويكون هذا الأخير مشــتملا علــى شرط للتحكيم . كما يتحقق وضعا مماثلا فى حالة تجديد ذات العقد الذى تضــمن شرطا للتحكيم . ومن ثم ، فإنه يثور التساؤل عن مدى تأثير هذا الإرتباط ، أو هذه الإستمرارية بالنسبة لإمكانية القول بتوافر وجود الرضا بالإتفاق على التحكيم فى شأن العلاقة الناشئة عن العقد الجديد ؟ .

وكثــيرا مايثور التساؤل عما إذا كان الطرفان قد وافقا على نحو ينتج آثاره القانونية على شــرط التحكــيم ، فيما يتصل بالعقود التجارية التى يتم إبرامها عن طريق المراسلات ، والعقــود الشــفوية الــتى يتم تعزيزها بالكتابة ، والعقود التى تتضمن شروطا للتحكيم ، تحتويها الشروط العامة للعقد ، أو للنماذج الأخرى التى يعدها أحد الأطراف ذوو الشأن . فالمعــاملات . وخاصــة ، الدولية منها ، تقتضى صورا أكثر تعقيدا ، من شأنها أن تثير كثيرا من المشاكل العملية التى تواجه القضاء العام فى الدولة ، فيما يتعلق بوجود الرضا بالإتفاق على التحكيم .

نقطــة الــبداية فــى النظام القانونى للتحكيم هى ضرورة التأكد من وجود الإتفاق على التحكيم :

نقطة البداية فى النظام القانونى للتحكيم هى ضرورة التأكد من وجود الإتفاق على التحكيم ، لخطورة الأثر الجوهرى الذى يترتب على مثل هذا النوع من الإتفاقات ، ألا وهو سلب القضــاء العــام الدولــة إختصاصــه الأصيل لصالح قضاء خاص ، يرتضيه الأطراف المحتكمون ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العــام فــى الدولــة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضــائية ، فلابــد مــن التحقق من أن إرادة الأطراف ذوى الشأن قد اتجهت بالفعل إلى الإلــتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، وأن هناك تلاحما غير مجحود فى التعبير عن إرادة كافة الأطراف المعنــية ، على نحو يمكن معه الإطمئنان إلى أنهم قد قصدوا حقيقة إقامة قضاء خاص ، يتولى مهمة الفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء

العـــام فـــى الدولـــة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضـــائية . فالعـــبرة أن تنصب إرادة الأطراف ذوى الشأن ، وتشف عن رغبتهم فى عدم الإلـــتجاء إلـــى القضـــاء العـــام فـــى الدولة ، والإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المـــنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية .

فينبغى أن ينصب رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصـــل فـــى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولـــة ، عـــن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية . بمعنى ، أن يكون التصرف الإرادى للأطراف ذوى الشأن ينصب على إسناد مهمة الفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة لهيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للقيام بوظيفة القضاء الخاص ، حيث أنها تصدر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم حكم تحكيم ، يكون حاسما له ، وهـــذه الحقـــيقة هى التى تميز نظام التحكيم عما عداه من الوسائل الأخرى للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة - **كالتوفيق ، التصالح ، والإلتجاء إلى نوع من الخبرة الفنية** - لمحاولة الوصول إلى تسوية عن طريق أحد الأشخاص ، أو الهيئات المتخصصة ، **وأهم مقتضيين لهذه الخصيصة هما :**

المقتضـــى الأول : إســـناد وظـــيفة أقرب إلى ممارسة سلطة القضاء إلى أشخاص ، يتميزون بأنهم ليسوا قضاه معينين من قبل السلطة العامة فى الدولة .

والمقتضـــى الـــثانى : أن أولـــئك الأشخاص الذين يطلق عليهم إسم " هيئة تحكيم " يقومـــون بمهمـــة حاســـمة بذاتها للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وغير قابلة للمشاورة من جانب أية جهة .

هـــناك تكييفا مبدئيا يجب القيام به ، للتأكد من أن هناك اتفاقا ينصب على مايصدق فى شأنه وصف التحكيم :

هناك تكييفا مبدئيا يجب القيام به ، للتأكد من أن هناك اتفاقا ينصب على مايصدق فى شأنه وصـــف التحكـــيم ، وعلـــى قاضـــى الموضوع أن يستخلص من واقع الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها ، وظروف الحال حقيقة مقصود الأطراف ذوى الشأن من

الإتفـاق ، ومـتى اسـتخلص الوقائع الصحيحة فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها ، وجب عليه وصفها وصفا مطابقا لأحكام القانون فى هذا الشأن ، أى وجب علـيه إرساء القاعدة القانونية الصحيحة فى التكييف ، وهو يخضع فى هذا الشأن لرقابة محكمة النقض . كما يجب على القاضى العام فى الدولة أن يراعى كامل الحيطة ، والحذر عند تكييف الإتفاق المبرم بين الأطراف ذوى الشأن ، فلا يعتبره اتفاقا على التحكيم ، إلا إذا وضحت تماما اراداتهم ، وكانت تهدف بجلاء إلى هذا ، لأن نظام التحكيم هو استثناء من الأصل العام فى التقاضى العام فى الدولة ، ومايكفله من ضمانات ، فلا يجبر شخص على سلوكه ، ولايحرم من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، إلا عن رضا ، واختيار.

موقف القضاء الفرنسي يكون ثابتا ، مستقرا ، ومحددا من مسألة ضرورة التأكد من وجود رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكـيم ، للفصـل فـى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية :

موقف القضاء الفرنسي يكون ثابتا ، مستقرا ، ومحددا من مسألة ضرورة التأكد من وجود رضـاء الأفـراد ، والجماعـات داخـل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المـنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية ، فوفقا لقضاء ثابت ، ومسـتقر مـنذ وقت طويل فى فرنسا ، فإنه : " **ينبغى للإحتجاج بشرط التحكيم الوارد بمشـارطة الإيجار على حامل سند الشحن الذى أحال إلى شروطها ، أن يتوافر فى حقه العلـم الثابـت بشـرط التحكيم الوارد ضمن بنود مشارطة الإيجار المذكورة ، والقبول اليقيـنى المؤكـد لهـذا الحامل بهذا الشرط التحكيمى ، بأن تكون الإحالة الواردة بسند الشـحن هـى إحالة خاصة ، واضحة ، ومحددة لشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار المحال إليها ، أو بأن يرفق نص المشارطة بسند الشحن ، أو بأن يتم إبلاغ هذا الحامل بنص مشارطة الإيجار المذكورة بطريقة ثابتة ، ومؤكدة ، لاتدع مجالا للشك فى أن هذا الحامل لسند الشحن قد علم بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة ، وأبدى رضاء كاملا بهذا الشـرط ، نظـرا لخطورتـه ، ولأنـه لم يكن طرفا فى مشارطة الإيجار ، ليحتج بها ، وبنصوصـها علـيه ، كما لم يكن شرط التحكيم مدرجا بسند الشحن الذى يحمله ، حتى**

تنتفى شبهة عدم وجود رضاء هذا الحامل ، عن طريق إذعانه لهذا الشرط التحكيمى " (١) .

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه : " حتى نكون بصدد تحكيم - حسب المفهوم المستقر عليه لنظام التحكيم - يتعين التحقق من أن إرادة الأطراف ذوى الشأن قد اتجهت بالفعل إلى تخويل ذلك الغير ، أو الشخص الثالث سلطة قضائية " (٢) .

وقضت بأنه : " حامل سند الشحن الصادر تنفيذا لمشارطة إيجار بالرحلة ، لايمكن أن يحتج عليه بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار ، والذى لم يكن موجودا بسند الشحن ، ولم يكن موضوعا لقبول مؤكد من جانب حامله " (٣) .

وقضت محكمة استئناف باريس - طعنا فى الحكم القضائى الصادر من هيئة تحكيم هضبة الأهرام ، والصادر فى ١٩٨٣/٢/١٦ - ضد الدولة المصرية : " بإلغاء الحكم القضائى المطعون فيه ، لصدوره بدون وجود شرط للتحكيم من جانب الحكومة المصرية ، على أساس أن مصر لم تجر فى اتفاقياتها على قبول شرط التحكيم لغرفة التجارة الدولية . فضلا عن أن توقيع الهيئة العامة للسياحة ، والفنادق " إيجوت " - وهى شخصية قانونية مستقلة عن الدولة المصرية - على العقد المشتمل على شرط التحكيم ، لايعنى قبول مصر - كدولة - لهذا الشرط ، ولاإلزامها به . بالإضافة إلى أن توقيع مصر على العقد الأصلى المبرم فى ١٩٧٤/٩/٢٣ ، والذى أشار فيه إلى قانون

---

(1) أنظر :

Aix . 9 Dec . 1960 . D . M . F . 1961 . p . 163 ; Trib . Com . Nantes . 3 Avril . 1980 . D . M . F . 1981 . p . 247 ; Aix – en – Provence . 13 Janv . 1988 . Rev . Arb . 1990 . P . 617 .

(2) أنظر :

Cass . Civ . 25 Mai . 1962 . Rev . Arb . 1975 . P . 302 . Note : LOQUIN ; Cass . Civ . 7 Juin . 1978 . Rev . Arb . 1979 . P . 34 . Note : ROLAND .

مشارا لهذين الحكمين لدى : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - بند ١٩٠ ، ص ٣٥٥ - الهامش رقم (١) .

(3) أنظر :

R . : Cass . Com . 4 Juin . 1985 . D . M . F . 1986 . P . 106 . Note ACHARD .

الإســتثمار المصــرى رقــم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ ، والذى يجيز الفصل فى المنازعات بوســائل من بينها ، مركز تسوية منازعات الإستثمار C . R . D . I ، لايعتبر قبولا لشرط التحكيم الوارد فى العقد محل النزاع ، ولاتنازلا عن حصانتها " [١] .

وحسنا ماتتخذه القضاء الفرنسى من موقف بخصوص مسألة إثبات وجود رضاء الأفراد ، ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصــلا فــى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشــكل مــن أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، حيث أحال المسألة إلى البحث فى حقيقة قصدهم .

والقضاء الفرنسى فى بحثه لوجود رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظــام التحكــيم ، للفصــل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضــاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية يبحث فى حقيقة قصد الأطراف ذوى الشأن من الإتفاق المبرم بينهم ، ليتأكد ماإذا كان مقصودهم من ذلك هو اختيارهم لنظام التحكيم ، كوسيلة للفصل فى المنازعات الــتى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكــيم ، تتشــكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية بصورة نهائية ، حيث تصدر حكم تحكيم ، يكون ملزما لأطراف الإتفاق على التحكيم ، ولاتشاركها فى حسم النزاع أية سلطة ، أو جهة أخرى .

والقضاء الفرنسى بذلك يتأكد من أن الأطراف ذوى الشأن يقصدون حقيقة نظام التحكيم ، ولــيس وســيلة أخرى للفصل فى منازعاتهم - كالصلح ، أو التوفيق ، أو غير ذلك من وسائل الفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة .

---

(١) أنظر :

Appel de Paris . 12 Juillet . 1984 . Journal du droit international 1985 P . 130 ets

وانظر فى عرض هذا النوع لدى : إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - بدون دار نشر - بدون تاريخ - ص ٦٣ ، وما بعدها ، محيى الدين إسماعيل علم الدين - منصة التحكيم التجارى الدولى - ١٩٨٦ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٦٦ ، ومابعدها - القاعدة رقم (١٣) .

موقف القضاء المصرى يكون ثابتا ، مستقرا ، ومحددا من مسألة ضرورة التأكد من وجود رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكـيم ، للفصـل فـى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية :

موقف القضاء الفرنسي يكون ثابتا ، مستقرا ، ومحددا من مسألة ضرورة التأكد من وجود رضـاء الأفـراد ، والجماعـات داخـل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المـنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية ، فقد قضت محكمة الـنقض المصـرية بأنه : " **رضاء طرفى الخصومة هو أساس التحكيم ، وأن العبرة أن تنصـب إرادتهـم ، وتشـف عن رغبتهم فى النزول عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولـة ، وفـى حسـم الـنزاع عن طريق التحكيم ، دون غيره من وسائل الفصل فى المـنازعات الـتى تدخـل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة – كالصلح مثلا** " (١) .

كمـا قضى بأنه : " **لايعد تحكيما – وإن وصف بالتحكيم – الإتفاق المكتوب على تحكيم أحـد المقاولين لتقدير نفقات البناء ، وأن يكون تقديره نهائيا ، متى كانت الورقة لاتدل فى مجموعها على أنها مشارطة تحكيم ، ويزيد هذا المعنى بيانا ، أن يرجع طرفاها إلى المحكمـة للفصل فى النزاع ، فأحدهما يطلب غير ماقدره الخبير ، والثانى يطلب اعتماد التقدير ، لأنه صادرا عن محكم ، مما يدل على اعتقادهما وقت الإتفاق على أن القاضى العـام فى الدولة هو الذى سيحكم فى الدعوى القضائية . فيجب على المحكمة أن تفصل فـى الدعـوى القضائية من جديد ، بحسبان أن الذى ندب للتحكيم لم يزد على أن يكون خبيرا** " (٢) .

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٦/٤/١٢ – مجموعة المكتب الفنى – س (٧) – ص ٥٢٢ .

(٢) أنظـر : حكـم محكمة سوهاج الجزئية – الصادر فى ١٥ مايو سنة ١٩٣٩ – المحاماه المصرية – السـنة (٢٠) – ص ٣٧٥ . مشـارا لهـذا الحكـم لدى : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٢٧ – الهامش رقم (٤) .

وقضى أيضا بأنه : " إذا اتفق طرفا العقد على توسيط أشخاصا آخرين ووقع الإتفاق بعد ذلك بين الطرفين ، فلا محل للدفع بأن هذا عقد تحكيم ، لم يستوف الشرائط القانونية المنصوص عليها قانونا بواسطة قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، لأن العبرة بما قصده المتعاقدان ، ويستفاد من نص العقد موضوع الدعوى القضائية أن الأشخاص الذين أطلق عليهم المتعاقدان عبارة محكمين لم يكونوا كذلك بالمعنى القانونى ، ولم يقصد المتعاقدان ذلك ، بل هم وسطاء بينهما ، لتقريب الإيجاب ، والقبول ، حتى يتم التعاقد . لذلك ، يصبح مثل هذا العقد إتفاقا تسرى عليه قواعد الإلتزامات العامة " (١) .

من أهم التطبيقات القضائية لعدم افتراض رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية هو الحال عندما يحيل سند الشحن إلى مشارطة الإيجار ، دون أن يذكر الشرط الخاص بالتحكيم :

من أهم التطبيقات القضائية لعدم افتراض رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية هو الحال عندما يحيل سند الشحن إلى مشارطة الإيجار ، دون أن يذكر الشرط الخاص بالتحكيم ، كأن ينص فى سند الشحن على أن تطبق على هذا السند شروط مشارطة الإيجار ، دون أن يذكر الجهة المختصة بنظر التحكيم ، أو دون أن يشير صراحة إلى شرط التحكيم . ففى هذه الحالة ، لايعتد بشرط التحكيم فى علاقة الطرفين فى سند الشحن ، إذ الشرط أن ينص سند الشحن صراحة على شرط التحكيم الوارد فى

(١) أنظر : حكم محكمة الموسكى الجزئية – الصادر فى ٩ أبريل سنة ١٩٣١ – رقم (١٠٥) – قسم ثانى – السنة الرابعة عشر . مشارا لهذا الحكم فى الجدول العشرى الثانى – مجلة المحاماه المصرية – ص ٢٧٠ – القاعدة رقم (١٣١) . وكذلك لدى : عبد العزيز ناصر – قانون المرافعات – الجزء الثالث – مطبعة الإعتماد بمصر – ص ٢٥٣٣ – القاعدة رقم (١٠٢٠٩) .

المشارطة ، ولايكتفى بالإشارة العامة إلى تطبيق شروط المشارطة ، تأسيسا على أن الإتفاق على التحكيم لايفترض .

إذا كانت القاعدة أنه لايعتد بشرط التحكيم فى علاقة الطرفين فى سند الشحن ، إذ الشرط أن ينص سند الشحن صراحة على شرط التحكيم الوارد فى المشارطة ، ولايكتفى بالإشارة العامة إلى تطبيق شروط المشارطة ، تأسيسا على أن الإتفاق على التحكيم لايفترض ، فإن محكمة النقض المصرية عندما تعرضت لموضوع التحكيم فى صدد سندات الشحن كان لها موقفا آخر :

إذا كانت القاعدة أنه لايعتد بشرط التحكيم فى علاقة الطرفين فى سند الشحن ، إذ الشرط أن ينص سند الشحن صراحة على شرط التحكيم الوارد فى المشارطة ، ولايكتفى بالإشارة العامة إلى تطبيق شروط المشارطة ، تأسيسا على أن الإتفاق على التحكيم لايفترض ، فإن محكمة النقض المصرية عندما تعرضت لموضوع التحكيم فى صدد سندات الشحن كان لها موقفا آخر ، ذلك أنها حين تصدت لشرط التحكيم الوارد فى سند الشحن ، أو الذى يحيل فيه سند الشحن إلى مشارطة الإيجار - **سواء كانت إحالة عامة ، أو خاصة** - إنتهت فى قضائها إلى نفاذ شرط التحكيم فى مواجهة المرسل إليه ، مع اختلاف مظهر العلاقة ، واستندت فى ذلك إلى أن قانون التجارة البحرى المصرى يجعل من المرسل إليه طرفا ذا شأن فى سند الشحن ، باعتباره صاحب المصلحة فى عملية الشحن ، يتكافأ مركزه حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل ومركز الشاحن ، وأنه يرتبط بسند الشحن ، كما يرتبط به الشاحن ومنذ ارتباط الأخير به . ومقتضى ذلك ، أن يلتزم المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد فى نسخة سند الشحن المرسلة إليه ، باعتباره فى حكم الأصيل فيه . ومن ثم ، فلا يعتبر الشاحن نائبا عنه فى سند الشحن ، حتى يتطلب الأمر وكالة خاصة ، أو حتى يقال أن الشاحن قد تصرف فى شأن من شئون المرسل إليه ، وهو مالايملك حق التصرف فيه [1] .

---

(1) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٧/٢/٧ - س (١٨) - العدد الأول - ١٩٦٧ - ص ٣٠١ ، وحكم آخر بتاريخ ١٩٦٥/٦/١٧ - مجموعة المكتب الفنى - س (١٦) - ص ٧٧٨ . مشارا لهذين الحكمين لدى : أحمد حسنى - عقود إيجار السفن - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص

كمـــا قضت بأنه : " **لايشترط فى حالة صدور سند الشحن محيلا إحالة عامة إلى شروط مشارطة الإيجار أن يكون الشاحن قد وقع سند الشحن** ، والذى **لايعدو أن يكون فى هذه** الحالـــة إيصالا باستلام البضاعة ، وشحنها على ظهر السفينة ، **حتى يلزم المرسل إليه** بشروط مشارطة الإيجار الذى صدر سند الشحن بموجبها ، **ومن بينها : شرط التحكيم** ، باعتـــباره **طرفا ذا شأن فى عقد النقل ، يتكافأ مركزه ومركز الشاحن مستأجر السفينة** ، عـــندما **يطالب بتنفيذ العقد الذى تثبته المشارطة ، حيث تكفى الإحالة العامة الواردة فى** ســـند الشـــحن إلى مشارطة الإيجار ، **لالتزام حامل السند بشرط التحكيم الوارد فى تلك** المشارطة ، **كما تكفى مثل هذه الإحالة لالتزام المرسل إليه بهذا الشرط التحكيمى** " (١).

وكـــان هـــذا القضـــاء مـــن جانب محكمة النقض المصرية قبل صدور القانون الوضعى المصـــرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية .

وتـــنص الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على أنه :

" **ويعتـــبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد** " .

إنـــتقاد جانب من الفقه لقضاء محكمة النقض المصرية السابق ، والمخالف لقاعدة : " أنه لايعتد بشرط التحكيم فى علاقة الطرفين فى سند الشحن ، إذ الشـــرط أن يـــنص ســـند الشـــحن صـــراحة على شرط التحكيم الوارد فى المشـــارطة ، ولايكـــتفى بالإشـــارة العامة إلى تطبيق شروط المشارطة ، تأسيسا على أن الإتفاق على التحكيم لايفترض " :

إنـــتقد جانـــب من الفقه – وبحق – قضاء محكمة النقض المصرية السابق ، والمخالف لقـــاعدة : " **أنه لايعتد بشرط التحكيم فى علاقة الطرفين فى سند الشحن ، إذ الشرط أن**

---

٣٢٣ ، ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٧ .

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ٩/٢/ ١٩٨١ – الطعن رقم (٤٥٣) – س (٤٢) . مشارا لهـــذا الحكـــم لدى : أحمد حسنى – عقود إيجار السفن – ١٩٨٥ – ص ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٨ .

ينص سند الشحن صراحة على شرط التحكيم الوارد فى المشارطة ، ولايكتفى بالإشارة العامة إلى تطبيق شروط المشارطة ، تأسيسا على أن الإتفاق على التحكيم لايفترض " ، باعتباره تناقضا مع ماجرى عليه قضاءها فى خصوص شرط التحكيم ، من اشتراط اتفاق الأطراف ذوو الشأن عليه ، وأن رضاءهم هو أساس نظام التحكيم ، وأنه – أى التحكيم – لايفترض ، ذلك أن محكمة النقض المصرية قد افترضت قبول المرسل إليه بشرط التحكيم ، بل فرضته عليه ، لاسيما وأن المطالع لحيثيات أحكامها القضائية الصادرة فى هذا الشأن ، يتبين أن المرسل إليه – وعلى كافة مراحل الدعوى القضائية – يرفض شرط التحكيم الوارد فى سند الشحن ، ويكون افتراض قبول المرسل إليه بشرط التحكيم معيارا غير معروف لدى محكمة النقض المصرية ، حيث أن المستقر عليه قضاء هو اشتراط اتجاه إرادة الأطراف ذوى الشأن للأخذ بنظام التحكيم ، فكيف ينسب إلى المرسل إليه قبول عقد لم يحط بمحله علما .

فالقبول قانونا يكون له معيارا محددا ، وشرط التحكيم ليس متعلقا بمعاملة ، حتى يمكن افتراض وجود القبول ، وإنما هو متعلقا بالجهة التى ستفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وهو استثناء من الأصل العام المقرر لاختصاص المحاكم بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

فضلا عن أن نظام التحكيم يكون طريقا إستثنائيا للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، والتى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات . ومن ثم ، يقتصر حتما على ماتنصرف إليه إرادة الأطراف المحتكمين بعرضه على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، ويجب تفسيره تفسيرا ضيقا ، وعدم ترخص القضاء العام فى الدولة فى إسناد إرادة مخالفة لإرادة الأطراف ذوى الشأن ، والتأكد على وجه يقينى ، وبنحو لايشوبه شكا ، أو غموضا من وجود رضاء الأطراف ذوى الشأن بالإتفاق على التحكيم ، واتجاه نيتهم حقيقة إلى اختيار نظام التحكيم ، كوسيلة للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية ، دون افتراض هذا الرضاء (١) .

(١) أنظر : محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – المقالة المشار إليها – ص ٢٠٨ ، ٢٥١ ، ٢٦٧ ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٩ .

وماتذهب إليه بعض المشارطات من النص على إمكان قيام الناقل بإصدار سندات شحن بموجب المشارطة ، يجعل هذا الإتفاق إنما ينحصر نطاقه فى علاقة المؤجر ، والمستأجر ، ولايعنى تداخل علاقات الأطراف ذوى الشأن فى مشارطات الإيجار ، وتلك الناشئة عن سندات الشحن ، لاختلاف الإطار العام لهذه العلاقات . فالمرسل إليه فى سند الشحن ، وإن كان يلتزم بالشروط الواردة فى سند الشحن ، إلا أنه لايلتزم إلا بالشروط المتعلقة بعقد النقل البحرى ، والناشئة عنه - **كالتفريغ ، الفحص ، ومسئولية الناقل** - أما الشروط غير المتعلقة بعقد النقل ، وليست ناشئة عنه - **كشرط التحكيم** - فإنها لاتسرى فى مواجهة المرسل إليه ، فالمرسل إليه ، والشاحن ، لايعدان طرفان ذا شأن فى شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار - **والتى صدر الشحن بموجبها** - إلا منذ أن يعلما به ، ويوافقا عليه ، حيث أن الأمر هنا يتعلق بتوافر الرضا بالإتفاق على التحكيم فى حق كل من الشاحن ، أو المرسل إليه . فحامل سند الشحن ، أو المرسل إليه ، أو المؤمن على البضاعة ، أو غيرهم من الأغيار - **بالنسبة للإتفاق على التحكيم** - وحتى يعد أى منهم طرفا فى الإتفاق على التحكيم ، فإنه ينبغى أن يتوافر لديه العلم الكافى بهذا الإتفاق ، وملابساته ، وأن يكون راضيا بالإلتزام به ، وإلا عد مذعنا .

نرى أن مسلك القضاء الفرنسى كان أحسن حظا من مسلك نظيره المصرى ، فيما يتعلق بعدم افتراضه رضاء أحد المتعاقدين بالإتفاق على التحكيم ، وعدم اعتماده وجود هذا الرضاء ، إلا بعد ثبوته بوجه يقينى ومؤكد ، لايحتمل غموضا ، أو لبسا ، ودون إسناد إرادة مخالفة لأحد الأطراف ذوى الشأن ، كما فعلت محكمة النقض المصرية ، من افتراض وجود إرادة مخالفة لدى أحد الأطراف المتعاقدة :

نرى أن مسلك القضاء الفرنسى كان أحسن حظا من مسلك نظيره المصرى ، فيما يتعلق بعدم افتراضه رضاء أحد المتعاقدين بالإتفاق على التحكيم ، وعدم اعتماده وجود هذا الرضاء ، إلا بعد ثبوته بوجه يقينى ومؤكد ، لايحتمل غموضا ، أو لبسا ، ودون إسناد إرادة مخالفة لأحد الأطراف ذوى الشأن ، كما فعلت محكمة النقض المصرية ، من افتراض وجود إرادة مخالفة لدى أحد الأطراف المتعاقدة ، بالرغم من أن حيثيات تلك

الأحكـــام القضائية المذكورة تؤكد رفض ذلك الطرف للإتفاق على التحكيم ، وعدم اتجاه نيته للإلتزام بشرطه .

فـنظام التحكـيم – وباعتباره طريقا إستثنائيا للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات داخــل الدولة ، والتى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عـــن طـــريق هيـــئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية يجب عدم التوســـع فـــى تفســـيره ، وعدم افتراض وجود الرضاء به ، بل يجب التأكد من أن إرادة الأطــراف ذوى الشأن قد اتجهت حقيقة إلى اختيار نظام التحكيم ، دون غيره من وسائل الفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، والتأكد من ثبوت وجود الرضا به ، من خلال وسائل الإثبات المسموح بها قانونا .

يكـــون القضـــاء العـــام فى الدولة هو المختص بتحديد قصد الأطراف ذوى الشأن من الإتفاق المبرم بينهم – لما له من ولاية عامة :

يكون القضاء العام فى الدولة هو المختص بتحديد قصد الأطراف ذوى الشأن من الإتفاق المـــبرم بينهم – **لما له من ولاية عامة** – فإذا ماستوثق القاضى العام فى الدولة من أن **القصد الحقيقى للأطراف ذوى الشأن إنما هو الفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولايـــة القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فـــى موضـــوعها ، قضى بذلك ، ويكون حكم القاضى العام فى الدولة عندئذ مستندا إلى مـــبررات قويـــة** ، مؤيدة بدليل جدى ، لايحتمل معه تأويل إرادة أى من الأطراف ذوى الشـــأن إلى عكس هذه الرغبة ، لأن المسألة تتعلق بركن الرضا فى التعاقد ، **فمثلا** : إذا أرسل أحد الطرفين إلى آخر – **ودون نص سابق فى التعاقد** – مايفيد عرض النزاع على التحكـــيم ، **على أن يعتبر عدم الرد قبولا منه بذلك ، فلايفترض عندئذ وجود الإتفاق على التحكيم ، إذ أن الإتفاق على التحكيم لايفترض ، ولايقبل القول بأن عدم الرد يعد قبولا** ، إذ القـــاعدة أنـــه **لاينسب لساكت قول ، إلا إذا كانت ظروف الحال لاتدع مجالا للشك فى القول . ولذلك ، فإن القول بأن عدم الرد يعنى عدم القبول ، إنما يكون أقرب إلى الصحيح ، ومطابقا لنصوص القانون** . ويرجع السبب فى ذلك ، إلى أن الإعلان قد لايتم صحيحا ، أو قد تفقد ، أو تضيع المكاتبة – **لأى سبب كان** – أو قد لايرد الرد – **لتغيير المحل ، أو العـــنوان الذى ترد عليه المخاطبات** – **فلايفاجئ** أحد المتعاقدين بافتراض قبوله للتحكيم ،

إذ الشــرط أن يرد الإتفاق على التحكيم صراحة . والأساس فى ذلك ، **هو ارتباط التعبير** بركن من أركان العقد – **وهو الرضا** – وعدم وجوده ، يعدم وجود العلاقة أصلا .

يــرى جانب من الفقه – وبحق – أن نص الفقرة الثالثة من المادة العاشرة مــن القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فــى المواد المدنية ، والتجارية لن يغير شيئا فى موقف القضاء المصرى الســابق مــن موضوع التحكيم فى صدد سندات الشحن ، ولن يكون موقفا جديدا :

يــرى جانـب من الفقه – **وبحق** – أن نص الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من القانون الوضــعى المصــرى رقــم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم **فى المواد المدنية ، والتجارية لن يغير شيئا فى موقف القضاء المصرى السابق من موضوع التحكيم فى صدد** سندات الشحن ، ولن يكون موقفا جديدا ، فهذا النص القانونى الوضعى المصرى – **شأنه شأن النص القانونى الأصلى المستقى منه ، وهو نص الفقرة الثانية من المادة السابعة مــن القانون النموذجى للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى** – حيث أنه وإن **أقر** الإحالــة العامة إلى الوثيقة المشتملة على شرط التحكيم ، **إلا أنه لم ينظم بطريقة واضحة شروط هذه الإحالة** ، أو متى تكفى الإحالة العامة الواردة فى اتفاق الأطراف ذوى الشأن ، لادماج شرط التحكيم الوارد فى الوثيقة ؟ [١] .

---

[١] أنظر : عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٩ ، ١٦٠ .

الفصل الثانى

يجب أن يتضمن الإتفاق على التحكيم تحديدا للنزاع الذى يدخل أصـــلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فـــى الدولة

إذا كـــان من الازم عند رفع الدعوى القضائية إلى القاضى العام فى الدولة بـــيان موضوعها بعبارة صريحة ، وواضحة " المادة (٢/٦٣) من قانون المـــرافعات المصـــرى " ، فإنه يجب – ومن باب أولى – مراعاة ذلك فى التقاضى أمام غير القضاء العام فى الدولة :

إذا كان من الازم عند رفع الدعوى القضائية إلى القاضى العام فى الدولة بيان موضوعها بعـــبارة صريحة ، وواضحة " المادة (٢/٦٣) من قانون المرافعات المصرى " ، فإنه يجـــب – ومـــن بـــاب أولـــى – مـــراعاة ذلك فى التقاضى أمام غير القضاء العام فى الدولة [١] .

يجـــب أن يتضـــمن الإتفاق على التحكيم تحديدا للنزاع الذى يدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة :

يجب أن يتضمن الإتفاق على التحكيم تحديدا للنزاع الذى يدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة [٢] ، باعتبار أن حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ينبغى أن يكون شاملا له – دون غيره [٣] .

---

(١) أنظـــر : أحمـــد قمحـــة ، وعـــبد الفتاح السيد – التنفيذ علما ، وعملا – ص ٦٣٨ ، عز الدين الدناصـــورى ، حـــامد عكـــاز – التعلـــيق على قانون المرافعات – ط٣ – ١٩٨٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١١٢٠ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٦/٢/١٠ – فى الطعن رقم (١٥٧٩) – لسنة (٤٩) ق . مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد حسنى – قضاء النقض البحرى – الطبعة الأولى –١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٥٥ ، ص ٨٢ ، ومابعدها – القاعدة رقم (٣٢) .

(٣) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٣٩ ، ص ٩٠٩ ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٢٨٣ ، ص ٢٧٧ .

فى صدد تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه لايعمل بالضابط المقرر فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، عند خلو صحيفة افتتاح الدعوى القضائية من بيان موضوعها ، وقائعها ، أدلتها ، طلبات المدعى ، وأسانيدها " المادة (٢/٦٣) من قانون المرافعات المصرى " ، ومالإذا كان يترتب البطلان جزاء نقص البيانات المتقدمة ، أم لايترتب ؟ :

فـــى صدد تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه لايعمل بالضابط المقرر فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، عند خلو صحيفة افتتاح الدعوى القضائية من بيان موضوعها ، وقائعها ، أدلتها ، طلبات المدعى ، وأسانيدها " **المادة (٢/٦٣) من قانون المــرافعات المصـــرى** " ، ومالإذا كان يترتب البطلان جزاء **نقص البيانات المتقدمة** ، أم لايترتـــب ؟ ، وإنما يكفى لصحة الإتفاق على التحكيم أن يذكر **فيه موضوع التحكيم** بوجه عام ، دون تفصيل أوجه النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم [١] .

إكـــتفاء أحكام القضاء بتحديد الأطراف المحتكمون للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تحديدا عاما ، دون تفصيل لأوجهه :

إكتفـــت أحكـــام القضاء بتحديد الأطراف المحتكمون للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تحديدا عاما ، دون تفصيل لأوجهه ، كأن يكتفى **باتفاق الأطراف المحتكمين على التحكيم** لتصفية حساب بينهم ، أو للفصل فى منازعات ناشئة عن تنفيذ عقد إيجار منزل أحدهم ، أو للفصل فى المنازعات الناشئة بين الزوجين ، فى نظام إشتراك الأموال الذى تم الزواج علـــى أساسه [٢] . وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **عقد التحكيم الذى تكلف فيه هيئة**

وانظر أيضا :

Cass . Civ . 21 Fev . 1978 . Rev . Arb . 1978 . 472 .

(١) **أنظـــر** : **محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – ص ١٠٠ ، نبيل إسماعيل عمر – أصول المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الأولى – ١٩٦٠ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٦٥١ ،** أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٥ ، ص ٣٨ .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . N . 143 . p . 100 .

التحكـيم بالفصـل فى النزاع القائم بين الأطراف المحتكمين بموجب الدعاوى القضائية القائمـة بيـنهم أمام المحاكم يعتبر صحيحا . إذ أن الإشارة إلى تلك الدعاوى القضائية يعتبر تحديدا للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " (١) .
كمـا قضـى بأنه : " يمكن تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأية عبارة نافية للجهالة " (٢) .

يجـب – وفى كل حالة – تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بشكل كاف :

يجب – **وفى كل حالة** – تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بشكل كاف ، ليسمح للقاضـى العـام فى الدولة المرفوع إليه الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم ، أو الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، المرفوعة بطلب بطـلان حكـم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تقدير ماإذا كانت هيئة التحكيم قد التزمت بحدود المهمة التى عهد إليها القيام بها ، من عدمه (٣) .

وانظـر أيضا : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإلإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٥ ، ص ٣٧ .

(١) أنظر : حكم محكمة التمييز المدنية اللبنانية – غرفة أولى – القرار رقم (٣١) – الصادر فى (٢٦) آذار – سـنة ١٩٦٣ – النشرة القضائية (١٩) – ص ١١٤١ . مشارا لهذا الحكم القضائى لدى : فـتحى والى – الوسـيط فى قـانون القضاء المدنى – الإشارة المتقدمة . عكس هذا : حكم محكمة المنيا الإبتدائية – الصادر فى ١٠فبراير سنة ١٩٤٩ – المحاماه المصرية – ٣٠ – ٧٨١ – ٣٨١ . حيث قضى فيه بأنه : " النص فى مشارطة التحكيم – أى وثيقة التحكيم الخاصة – على تحكيم المحكمين فى الفصل فى المـنازعات التى تنشأ بين الأفراد ، والمرفوع بشأنها قضايا أمام المحاكم ، هو نصا تعميميا ـــ لاتحديد فيه ، وغـير موضح فيه موضوع المنازعة محل التحكيم بالتصريح ، مما يجعل عملية التحكيم باطلة" . مشارا لهذا الحكم لدى : فتحى والى – الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 144 . p . 119 . Note . 28 .

وانظر أيضا : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٤٣٩ ، ص ٩٠٨ .

(٣) أنظر :

تحديـــد الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يكون أمرا لازما ، ولو كانت هيـئة التحكـيم قـد عهد إليها بمهمة التحكيم ، مع تفويضها بالصلح بين الأطراف المحتكمين :

تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يكون أمرا لازما ، ولو كانت هيئة التحكيم قد عهد إليها بمهمة التحكيم ، مع تفويضها بالصلح بين الأطراف المحتكمين .

تفويض الوكيل فى التوكيل الخاص ، يجيز له تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه :

تفويـض الوكـيل فـي التوكيل الخاص ، يجيز له تحديد موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمـراد الفصـل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** ، فيجب أن يتضمن التوكـيل الخـاص بتفويض الوكيل تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإذا لم يتضـمن التوكيل الخاص تحديده ، فإن الموكل يكون قد ترك أمر تحديده لتقدير الوكيل ، وفوضه فى ذلك [1] .

تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هو مقتضى الرغبة فى ألا ينزل الأطراف المحتكمون عن ولاية القضاء العام فى الدولة إلا فى نزاع محدد ، والسـماح للقاضـى العـام فى الدولة المرفوع إليه الطعن بإستئناف حكم التحكـيم الصـادر فـى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو الدعوى

RUBELLIN – DEVICHI : Juris – Classeur . Procedure Civile . Fasc . 102 . ou commercial . Fasc . 210 . N . 13 ; DE BOISSESON et DE JUGLART op . cit ., N . 143 . P . 1980 . Note . 23 ..

(1) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند (٢٨) م (١) ، ص ٧١ ، ٧٢ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٣٣ /ب ، ص ٦٧ ، ومابعدها .

القضـــائية الأصلية المبتدأة المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى الـــنزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم بتقدير ماإذا كانت هيئة التحكيم قد التزمـــت بحـــدود المهمـــة التحكيمية التى عهد بها إليها من قبل الأطراف المحتكمين ، أم لا ؟ :

تحديـــد الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هو مقتضى الرغبة فى ألا ينزل الأطراف المحتكمون عن ولاية القضاء العام فى الدولة ، إلا فى نزاع محدد [1] ، والسماح للقاضى العـــام فى الدولة المرفوع إليه الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفـــاق على التحكيم – **وبطبيعة الحال فى الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز الطعن باســـتئناف حكـــم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** – أو الدعوى القضـــائية الأصـــلية المبـــتدأة المـــرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق على التحكيم بتقدير ماإذا كانت هيئة التحكيم قد التزمت بحدود المهمة التحكيمـــية التى عهد بها إليها من قبل الأطراف المحتكمين ، أم لا ؟ ، فقد ترى المحكمة المـــرفوع إلـــيها الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكـــيم ، أو الدعـــوى القضـــائية الأصلية المبتدأة المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن هيئة التحكيم قد فصلت فيما لم يطلبه منها الأطراف المحتكمون ، أو أنها قد حكمت بأكثر مما طلبوه منها [2] .

وقـــد قضـــت محكمة النقض المصرية بأنه : " **التحكيم طريقا إستثنائيا لفض الخصومات قوامـــه الخـــروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات . ومن ثم ، فهو يكـــون مقصـــورا حتما على ماتنصرف إرادة الأطراف المحتكمين إلى عرضه على هيئة**

---

(1) أنظر : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٩١٩ ، محمـــد ، وعبد الوهاب العشماوى – المرافعات – ص ١٩٥ ، أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – ص ٢٠٧ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٣٩ ، ص ٩٠٨ .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . Juridictionnaires . Joly . Paris . 1990 . N . 144 . P . 119 . Note . 31 .

التحكيم ، ويجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيينا لموضوع النزاع ، حتى تتحدد ولاية المحكمين ، ويتسنى رقابة مدى التزامهم بحدود ولايتهم " (١) .

وبمناسـبة دعـوى قضائية أصلية مبتدأة ، مرفوعة بطلب بطلان مشارطة تحكيم ، على أسـاس أنهـا قد تضمنت منازعات لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، لتعلقها بالـنظام العـام فى القانون ، أو لدخولها فى دائرة الحقوق التى لايجوز التصرف فيها ، قضـت محكمة النقض المصرية بأنه : " **لكى يتسنى لها بسط سلطانها ، لمراقبة ذلك ، يتعيـن علـى محكمة الموضوع أن تبين على نحو كاف موضوع النزاع - والواقع فى شـأنه التحكـيم - حتى يمكن التأكد مما إذا كان موضوع النزاع من نوع الحقوق التى يملك الأطراف المحتكمون مطلق التصرف فيها ، فيصح التحكيم بشأنها " (٢) .**

وفى قضية أخرى لاحقة ، ربطت محكمة النقض المصرية بين ماأوجبته المادة (٨٢٢) مـن قـانون المـرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩من اشتراط تضمين الإتفـاق على التحكيم تعيينا لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، حـتى تتحدد ولاية هيئة التحكيم ، ويتسنى رقابة مدى التزامها بحدود ولايتها ، وبين كون التحكـيم طريقا إستثنائيا لفض الخصومات ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفلـه من ضمانات . ومن ثم ، فهو مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم (٣) .

---

(١) أنظـر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٢/١/٣ - فى الطعن رقم (١٤٩) - لسنة (١٩) ق . مشـارا لهـذا الحكم لدى : حسن الفكهانى - الموسوعة - الإصدار المدنى - الجزء الرابع - بند ١٠٥٥ ، ص ٥٥٠ ، ١٩٧١/٢/١٦- فى الطعن رقم (٢٧٥) - لسنة (٣٦) ق - مجموعة المبادئ - س (٢٢) - ص ١٧٩ ، ١٩٨٨/٣/٣٠- فى الطعن رقم (١٠٥٣) - لسنة (٥١) ق - مشارا لهـذا الحكم لدى : حسن الفكهانى - الموسوعة - ملحق رقم (٥) - القاعدة رقم (١٢٤٧) - ص ١٠١٨ ، ١٩٨٩/٥/١٨ - فى الطعـن رقـم (٧٤٠) - لسنة (٥٢) ق - مشارا لهذا الحكم لدى المرجع السابق - القاعدة رقم (١٢٤٨) - ص ١٠١٨ .

(٢) أنظـر : حكم محكمة النقض المصرية - الدائرة المدنية - الصادر بجلسة ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ - مجموعة محمود عمر - الجزء الخامس - ص ٣٤٣ .

(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٢/١/٣ - مجموعة أحكام السنة الثالثة - ص ٣٢٨ - حكم رقم (٥٧) - المحاماه المصرية - السنة (٣٣) - ص ١٢٢٨ مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد أبو

يجـب بيان موضوع النزاع الذى يدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضـاء العام فى الدولة فى مشارطة التحكيم أو - على الأقل - فى أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم :

يجـب بيان موضوع النزاع الذى يدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة فى مشارطة التحكيم **أو - على الأقل - فى أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم ،** حتى يكون النزاع محددا ، وحكم التحكيم الصادر فيه شاملا له - **دون غيره** - فينشأ بذلك التحديد إستعمال الحق المخول فى القانون ، وهو طلب بطلان حكم التحكيم الصادر فيه ، فتنص المادة (١/١٤٤٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أنه :

" يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيين موضوع النزاع وإلا وقعت باطلة " .

كمـا تنص المادة (٢/١٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ٢ - يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع ، سواء قام مستقلا بذاته ، أو ورد فـى عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين ، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليه فى الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من هذا القانون . كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانـت قـد أقيمـت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية ، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلا .

٣ - ويعتـبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد " (١) .

الوفـا - التعليـق عـلى نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثانية - منشأة المعاف بالأسكندرية - ص ١٥٢٠ .

(١) كانت المادة (٣/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - تنص على أنه :

" يجب أن يحدد موضوع النزاع فى وثيقة التحكيم ، أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمين مفوضين بالصلح ، وإلا كان التحكيم باطلا "

ومفاد النصوص المتقدمة ، أن تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يمكن أن يتحقق فـــى أشـــكال مخـــتلفة ، وتختلف طريقة تحديده بحسب الصورة التى يتخذها الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان** ، أم مشارطة .

أولا – تحديـــد الـــنزاع موضـــوع الإتفـــاق على التحكيم بالنسبة لمشارطة التحكيم :

قـــد يكـــون تحديـــد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم واردا فى وثيقة التحكـــيم ذاتها . وعندئذ ، يجب أن تتضمن إبتداء تحديدا لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، وإلا كانت باطلة :

قـــد يكون تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم واردا فى وثيقة التحكيم ذاتها ، أى مشارطة التحكيم المبرمة بين الأطراف المُحتكمين ، لمواجهة منازعة قائمة بالفعل بينهم ، وناشـــئة عـــن علاقة قانونية محددة – **سواء كانت علاقة عقدية ، أم غير عقدية** – فهى بطبيعـــتها تتضمن التحكيم فى نزاع معين ، ومحدد بين الأطراف المحتكمين . وعندئذ ، يجب أن تتضمن إبتداء تحديدا لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، وإلا كانت باطلة .

يـــتحدد موضـــوع الـــنزاع فى مشارطة التحكيم التى تبرم بعد نشأة النزاع المـــراد الفصـــل فيه عن طريق نظام التحكيم بمعرفة الأطراف المحتكمون أنفسهم :

يتحدد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى مشارطة التحكيم التى تبرم بعد نشأة النزاع المـــراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم بمعرفة الأطراف المحتكمون أنفسهم ، فتنص المادة (١/١٤٤٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أنه :

" **يجب أن يحدد الخصوم موضوع النزاع فى مشارطة التحكيم ، وإلا كانت باطلة** " .

كمـــا تـــنص المادة (٢/١٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" . . . **كمـــا يجـــوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعـــوى أمـــام جهة قضائية وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم ، وإلا كان الإتفاق باطلا**

ثانــيا – تحديــد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم بالنسبة لشرط التحكيم [1] :

قد يكون تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم واردا فى شرط التحكيم ، والمدرج فى عقد من العقود – سواء كان عقدا مدنيا ، أم عقدا تجاريا ، أم عقداً إداريا ، أو فى طلب التحكيم :

قــد يكون تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم واردا فى شرط التحكيم ، والمدرج فــى عقد من العقود – **سواء كان عقدا مدنيا** ، **أم عقدا تجاريا** ، **أم عقدا إداريا** ، أو فى طلب التحكيم ، فتنص المادة (١٤٤٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أنه : **" الــنزاع يــرفع أمــام هيئة التحكيم بواسطة المحكمين معا أو بواسطة الخصم صاحب المصــلحة فــى التعجيل برفع الدعوى أمام هيئة التحكيم "** ، وهو مايعنى ، أن موضوع الــنزاع المــراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم قد يتحدد بمعرفة خصم واحد ، وهو نفس المعنى الذى نصت عليه المادة (٢/١٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فــى شــأن التحكــيم فى المواد المدنية والتجارية عندما أجازت تحديد موضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم فى بيان الدعوى ، والذى يجب على المدعى أن يرسله إلى المدعى عليه عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم .

يمكــن القــول بالنسبة لشرط التحكيم بأن المنازعات موضوعه تحدد بأنها الناشئة عن تفسير ، أو تنفيذ عقد معين :

يمكن القول بالنسبة لشرط التحكيم بأن المنازعات موضوعه تحدد بأنها الناشئة عن تفسير ، أو تنفيذ عقد معين .

---

[1] فى بــيان كيفية تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالنسبة لشرط التحكيم ، والتطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، أنظر : أحمد شرف الدين – مضمون بنود شرط التحكيم – المقالة المشار إليها – ص ٢٦ ، ومابعدها .

يعتـــبر باطلا العقد المبرم بين شخصين ، والذى يتفق فيه على عرض أى نزاع ينشأ بينهما فى المستقبل على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيه :

يعتبر باطلا العقد المبرم بين شخصين ، والذى يتفق فيه على عرض أى نزاع ينشأ بينهما فى المستقبل على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيه (1) .

لايشترط أن يرد تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم فى ذات العقد المتضمن شرط التحكيم ، وإنما يمكن أن يشير هذا العقد إلى عقد ، أو عمل قانونى آخر ، بل من الممكن تحديد النزاع بعد ذلك أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم :

لايشـــترط أن يرد تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم فى ذات العقد المتضـــمن شـــرط التحكـــيم ، وإنما يمكن أن يشير هذا العقد إلى عقد ، أو عمل قانونى آخر (2) ، بل من الممكن تحديد النزاع بعد ذلك أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم (3) ، ذلك أنـــه وإن كان شرط التحكيم يحصل عند إبرام العقود ، وكان الغرض منه إخضاع ماينشا عـــن هذه العقود من منازعات فى المستقبل لنظام لتحكيم ، فإنه لايتصور أن يتضمن هذا الشرط موضوع نزاع لم ينشأ بالفعل بين الأطراف المحتكمين .

---

(1) أنظـــر : فـــتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الطبعة الأولى – ١٩٨٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١١٢ .

(2) أنظـــر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الطبعة الثالثة – ١٩٩٣ – مطبعة جامعة القاهرة ، والكتاب الجامعى – بند ٤٣٩ ، ص ٩٠٨ .

(3) أنظـــر : محمد كامل مرسى – شرح القانون المدنى الجديد – العقود المسماه – ١٩٤٨ – المطبعة العالمـــية بالقاهر – بند ٢٨٧ ، ص ٣٩٢ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشـــأة المعارف بالأسكندرية – بند ١٤ ، ص ٣٥ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٣٩ ، ص ٩٠٨ ، ٩٠٩ ، حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – بـــند ٣٤ ، ص ١٩٨ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٢/٥٠ ، ص ١٣٧

يجــب أن يتضمن شرط التحكيم الإلتزام الأساسى لأطرافه المحتكمين ، ألا وهو التزامهم بحل المنازعات المستقبلية ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية عن طريق نظام لتحكيم :

يجــب أن يتضمن شرط التحكيم الإلتزام الأساسى لأطرافه المحتكمين ، ألا وهو التزامهم بحــل المــنازعات المســتقبلية ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى مصـــدر الرابطة القانونية عن طريق نظام لتحكيم ، بحيث إذا خلا شرط التحكيم من هذا الإلــتزام ، فإنه يكون قد فقد مغزاه ، لأنه يكون واردا حينئذ على غير محل [1] ، ويمثل هــذا الإلتزام الحد الأدنى لمضمون شرط التحكيم ، والذى إذا تخلف ، فإن شرط التحكيم يكــون قــد فقد ركن المحل ، والخاص بتحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم .

---

(١) حــول ضــرورة أن يتضمن شرط التحكيم الإلتزام الأساسى لأطرافه ، بحل المنازعات المستقبلية ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية عن طريق نظام لتحكيم ، أنظر :

Dalloz . Nouveau Repertoire De Droit . 1947 . N . 48 et s ; Repertoire De Droit Commercial . Arbitrage commercial . T . 1 . 1972 . N . 2 , 27 , N . 52 et s ; EMILE TYAN : Le Droit de l'arbitrage . P . 194 et s ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 11. N . 205 et s ; MOSTEFA – TRARI TANI : De la clause compromissoire . P . 185 et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٣٤ ، ص ١٩٠ ، ومابعدها .

وحــول أمثلة لصياغة شروط التحكيم فى العقود بصفة عامة ، والنص على منح هيئة التحكيم سلطة نظر أية منازعة يمكن أن تنشأ عن تفسير العقد الذى يتضمنه ، أو تنفيذه ، أنظر : محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – المقالة المشار إليها – بند ١٧ ، ص ٢٢٠ .

يجــوز للأطــراف المحتكميــن إضافة بيانات أخرى إختيارية ، يتحدد بها مضمون شرط التحكيم :

يجــوز للأطــراف المحتكمين إضافة بيانات أخرى إختيارية ، يتحدد بها مضمون شرط التحكيم ، فيجوز مثلا أن يتضمن شرط التحكيم الإتفاق على قصره على بعض المنازعات المحــتملة – دون غــيرها [1] – أو الإتفاق على الحدود التى تتقيد بها هيئة التحكيم عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، أو على القواعد ، والإجراءات الواجبة الإتباع أمامها ، أو تخويلهــا صفة هيئة التحكيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين ، أو استبعاد

---

(١) فكما يجوز أن يتضمن شرط التحكيم نصا بالفصل فى جميع المنازعات التى يمكن أن تنشأ فى المستقبل عــن تفسير عقد من العقود ، أو تنفيذه عن طريق نظام التحكيم ، بدون تحديد مواطن النزاع ، فإنه يجوز كذلك أن يقتصر شرط التحكيم على النص على الفصل فى بعض المنازعات المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكــن أن تنشأ بين الأطراف المحتكمين عن تفسير عقد من العقود ، أو تنفيذه فى المستقبل ، أى عن جزء فقــط من تلك المنازعات المحتملة ، وغير المحددة ، أنظر : حكم محكمة مصر الكلية الأهلية – الصادر فى ٢٠ يــناير ســنة ١٩٣٦ – رقم (٧٣) سنة ١٩٣٤ . مشارا لهذا الحكم القضائى لدى : مجلة المحاماه المصرية – السنة السادسة عشر – العددان التاسع ، والعاشر – ص ٩٥١ ، ٩٥٢ .

فقد يتفق الأطراف المحتكمون فى شرط التحكيم على أن يكون التحكيم كليا ، أى شاملا لجميع المنازعات المــتعلقة بتفســير عقد من العقود ، أو بتنفيذه – سواء كانت ذات طابعا قانونيا ، أم فنيا أم ماليا ، أم اقتصــاديا – وقد يكون اتفاقهم على التحكيم جزئيا ، يشتمل على بعض أنواع من المنازعات المتقدمة – كالمــنازعات القانونــية ، أو المــنازعات ذات الطــابع الفنى فقط – أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨– بند ٢٢ ، ص ٣٢ .

وفى دراسة صيغ النزاع المحتمل ، وغير المحدد فى شرط التحكيم ، أنظر :

Repertoire De Droit Commercial . Deuxieme edition . 1987 . T . 111 . N . 139 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . 1988 . T . 1 . Arbitrage . N . 150 et s .

وانظر أيضا : رضا محمد إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – المقالة المشار إليها – مجلــة الدراسات القانونية – كلية الحقوق – جامعة أسيوط – العدد السادس– يونية سنة ١٩٨٤ –بند ٢/١٦ ، ص ٢١٢ ، ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٩٣ ، ومابعدها .

أى طريق من طرق الطعن الجائزة ضد حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكـــيم . أو الإحـــتفاظ بحق الطعن فيه أمام درجة أعلى من درجات التقاضى ، بطبيعة الحال فى حدود مايسمح به القانون (١) .

إلتزام أطراف شرط التحكيم بالفصل فيمابينهم من منازعات محتملة ، وغير محددة فى المستقبل عن طريق نظام التحكيم يتحدد - وبطبيعة الحال - بالمـــنازعات الـــتى يجوز الفصل فيها بهذا الطريق ، بحيث يكون شرط التحكيم باطلا ، متى تعلق بغير هذه المنازعات :

إلـــتزام أطراف شرط التحكيم بالفصل فيمابينهم من منازعات محتملة ، وغير محددة فـــى المستقبل عن طريق نظام التحكيم يتحدد - **وبطبيعة الحال** - بالمنازعات التى يجوز

---

(١) فى استعراض البيانات الإختيارية الأخرى ، والتى يمكن أن يتضمنها شرط التحكيم ، أنظر :

Encyclopedie juridique . Arbitrage . 1955 . N . 130 et s ; EMILE TYAN : Le droit de l'arbitrage . P . 188 et s ; Repertoire De Droit Commercial . T . 1 . 1972 . N . 88 et s ; Arbitrage commercial . T . 1 . 1988 . N . 74 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . T . 1 . 1988 . N . 151et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٣٤ ، ص ١٩٩ .
وفى بـــيان تطبـــيقات عملية لصياغة شروط التحكيم ، والأشكال المختلفة فى مختلف الإتفاقات ، فى إطار العلاقات التجارية ، أنظر : أحمد شرف الدين - مضمون بنود التحكيم ، وصياغتها فى العقود الدولية - بحـــث مقـــدم فى ندوة حول أهمية الإلتجاء إلى التحكيم التجارى بالمنطقة ، بدلا من الإلتجاء إليه فى دول الغـــرب ، والـــذى عقد بالمركز التجارى بالأسكندرية - فى الفترة من (١٩) إلى (٢١) أكتوبر سنة ١٩٨١ - ص ص ٦ - ٣٠ ، ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٩٢ ، ومابعدها .

وفى بيان كيفية تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وفقا لأحكام اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ - والخاصـــة بالإعـــتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ١٨٨ ، ومايليه ، ص ٣٥١ ، ومابعدها .

الفصـــل فـــيها بهـــذا الطـــريق ، بحيث يكون شرط التحكيم باطلا ، متى تعلق بغير هذه المنازعات [١] .

إختلاف مضمون الإلتزام الخاص بتحديد المنازعات المراد الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم فى شرط التحكيم عن مشارطته يكون أمرا طبيعيا :

إخـــتلاف مضمون الإلتزام الخاص بتحديد المنازعات المراد الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم فى شرط التحكيم عن مشارطته يكون أمرا طبيعيا ، لأن مشارطة التحكيم تقتضى أن تكـــون المنازعة معلومة ، بخلاف شرط التحكيم ، والذى يتقرر بين أطراف عقد من العقـــود - وأيـــا كانـــت طبيعته - أى قبل نشأة النزاع ، فهو - وبطبيعة الحال - يواجه منازعات محتملة وغير محددة ، يمكن أن تنشأ بين الأطراف المحتكمين فى المستقبل عن العقـــد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمن شرط التحكيم [٢] . فمشارطة التحكـــيم تختلف عن شرطه ، فى تبيانها بوضوح لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طـــريق نظـــام التحكيم . أما شرط التحكيم ، فإنه يرد على نزاع محتمل ، وغير محدد ، وفيه ينزل الأطراف المحتكمون بالفعل عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، فيما لو نشـــأ نـــزاعا عـــن تفسير العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمن شرط التحكيم ، أو تنفيذه . بل وفى كثير من الأحيان ، تتم مشارطة التحكيم أثناء نظر الخصومة أمـــام القضاء العام فى الدولة ، ويتفق أطرافها على وقف السير فيها ، عملا بنص المادة (١٢٨) مـــن قـــانون المـــرافعات المصرى ، حتى يتهيأ لهم الجو الملائم لإتمام عملية التحكيم ، والوصول لتسوية النزاع بينهم بشكل مناسب .

---

(١) فى بـــيان القانون الواجب التطبيق على النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة ، أنظر : إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - بدون سنة نشر - بدون دار نشر - ص ١٥٠ ، ومابعدها .

(٢) أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد - التنفيذ علما ، وعملا - بند ٩٤٤ .

الفصل الثالث

منازعات لايجوز الفصل فيها عن طريـــق نظـــام التحكيـــــم (١)

تمهيد ، وتقسيم :

مـــن المـــنازعات المستبعدة من نطاق نظام التحكيم : مسائل الأحوال الشخصية البحتة ، المسائل الجنائية ، إجراءات التنفيذ ، والدعاوى الازمة لصحتها . كما لايجوز التحكيم فى المـــنازعات المتصلة بأموال تمنع الأنظمة القانونية الوضعية التعامل فيها - **كالتعامل فى المـــواد المخدرة " المخدرات " ، أو الأسلحة ، وغيرها** - ولافى المنازعات الناشئة عن ديـــون القمـــار ، والمراهـــنات ، إلا إذا استثنى القانون شيئا منها . وكذلك ، المنازعات الناشئة عن ممارسة الدعارة ، وغيرها (٢) .

وتسهيلا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الفصل إلى ثمانية مباحث :

المبحث الأول : مسائل الأحوال الشخصية البحتة .

المبحث الثانى : مسائل الجنسية .

المبحث الثالث : المسائل الجنائية .

---

(١) فى بـــيان المنازعات التى لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٦٩ ، ومايليه ، ص ٥٤٢ ، ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشـــار إليها - ص ١٥٦ ، ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٢٥ ، ٢٦ ، ص ٣٨ ، ومابعدها .

(٢) أنظر :

EMIL – TYAN : Le Droit de l'arbitrage . P . 38 et s .

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٢/٥١ ، ص ١٤٨ .

المبحث الرابع : لايجوز الإتفاق على الصلح ، أو التحكيم على مبدأ فرض الضرائب ، والرسـوم .

المبحث الخامس : إجراءات ، ومنازعات التنفيذ .

المبحـث السادس : لايجوز الإتفاق علـى التحكيم بشـأن نزاع إجرائـى بحت ، وإلزام المحكمة بتنفيذ حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم .

المبحـث السابع : لايجـوز أن يتفق الخصوم على عرض مسألة اختصاص المحكمة بـنظر الدعوى القضائية ، من عدمه ، أو عرض مسألة صحة ، أو بطـلان الإجراءات التى اتخذت أمامهـا علـى هيئة تحكيم ، لكى تتولى الفصل فيها .

المبحـث الثامن : إذا كانت دعوى رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية ، ودعوى مخاصـمته تتصـل بالـنظام العام ، وحيث أن المشارع الوضعى قـد جعل الإختصاص بالفصـل فيهـا لمحكمة تشكل تشكيلا خاصا – وطبقـا لقانون المرافعات المدنية ، والتجارية – وتختص هذه المحكمة – دون غيرها – بالفصل فى دعوى رد القاضى عن نظـر الدعوى القضائية ، ودعوى مخاصمته ، فإنه لايجوز الإتفاق على التحكيم بالنسبة لهـذه المسـائل ، أو الدعاوى القضائية ، ولو كانت هيئة التحكيم مشكلة من القضاة ، والمستشارين .

وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول

مسائل الأحوال الشخصية البحتة

Les stauts personnels

فكرة عامة عن مسائل الأحوال الشخصية :

تحديــد مســائل الأحــوال الشخصية كان مثارا لخلاف شديد بين الشراح ، والمحاكم فى مصر ، كماعانى نفسه التشريع الوضعى المصرى :

تحديد مسائل الأحوال الشخصية كان مثارا لخلاف شديد بين الشراح ، والمحاكم فى مصر ، كماعــانى نفســه التشــريع الوضــعى المصرى ، فلم يكن هذا الإصطلاح " **الأحوال الشخصــية** " معــروفا لــدى فقهــاء الشريعة الإسلامية الغراء [١] ، ولم يذكر المشرع الوضــعى المصــرى هــذا الإصــطلاح فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، عند بيانه لاختصاص تلك المحاكم ، وإنما استعمل عبارة " **المواد الشرعية** " .

يختلف تحديد المقصود بالأحوال الشخصية من دولة إلى أخرى :

يختلف تحديد المقصود بالأحوال الشخصية من دولة **إلى أخرى [٢] ، فبعض الدول تضيق من نطاق مفهوم الأحوال الشخصية . والبعض الآخر منها يوسع من نطاق مفهومها . ففى** فرنســا ، يدخل فى مدلول الأحوال الشخصية : الحالة **Etat** ، والأهلية **Capacite** ، **ولكــن هذا الإصطلاح يكون له مدلولا أوسع فى إيطاليا ، حيث يشمل إلى جانب الحالة ، والأهلــية** : المواريث ، الوصايا ، والهبات ، إستنادا إلى مابين نظام الإرث ، والروابط العائلية من وثيق الصلات .

---

[١] ليس لنظام الأحوال الشخصية مقابلا فى الشريعة الإسلامية الغراء ، أو فى القانون الوضعى الفرنسى . فاصطلاح المعاملات فى الشريعة الإسلامية الغراء ينصرف إلى الزواج ، كما ينصرف إلى البيع ، ويضم القانون المدنى الفرنسى قواعد الزواج ، والميراث ، إلى جانب قواعد الإلتزامات ، والحقوق العينية .

[٢] فى بيان العوامل التى تؤدى إلى اختلاف مفهوم الأحوال الشخصية من دولة إلى أخرى ، أنظر : محمد كمال حمدى – الولاية على المال – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٤٨ ، ومابعدها .

فالقـــانون الوضـــعى الفرنسى يجعل المواريث من الأحوال العينية – **على خلاف القانون الوضـــعى الإيطـــالى ، والـــذى يجعلهـــا من الأحوال الشخصية** (١) . أما النظام القانونى الوضـــعى المصرى ، فقد فرق بين المعاملات المالية من ناحية ، وبين مايسمى بالأحوال الشخصـــية مـــن ناحية أخرى ، وكانت هذه التفرقة مرتبطة بنظام الإمتيازات الأجنبية ، وتعدد جهات القضاء ، وتعدد الشرائع الواجبة التطبيق على المصريين أنفسهم ، فى جانب كبـــير مـــن معـــاملاتهم ، وقد زالت الآن كل هذه الإعتبارات ، وأصبح من غير الممكن إســـتخدام إصـــطلاح الأحوال الشخصية فى الأغراض التى نشأ من أجلها ، دون مخالفة للنظام القانونى الوضعى المصرى فى مجموعه ، وهى مخالفة يقع فيها المشرع الوضعى المصرى فى بعض الأحيان (٢) .

محاولات القضاء المصرى لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية :

عرفت محكمة النقض المصرية الأحوال الشخصية ، فى الحكم القضائى الصادر منها فى الحـــادى ، والعشـــرين مـــن شهر يونية سنة ١٩٣٤ ، حيث قررت فيه أنه : " **المقصود بالأحوال الشخصية : هى مجموعة مايتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية ، أو العائلية التى رتب القانون الوضعى المصرى عليها أثرا قانونيا فى حياته الإجتماعية ، ككونـــه ذكرا ، أو أنثى ، وكونه زوجا ، أو أرملا ، أو مطلقا ، أو إبنا شرعيا ، أو أبا**

---

(١) أنظر : محمد كمال حمدى – الولاية على المال – ص ٢٥١ ، ومابعدها ، توفيق حسن فرج – الوجيز فى أحكام الأحوال الشخصية – ١٩٨٢ – مؤسسة الثقافة الجامعية بالأسكندرية – فتحى حسن مصطفى – الأحوال الشخصية – ١٩٨٧ – منشأة المعارف بالأسكندرية ، محمد عـــزمى البـــكرى – مســـائل الأحوال الشخصية – ١٩٩٠/١٩٩١ – دار محمود للنشر ، والـــتوزيع بالقاهـــرة – أحمد نصر الجندى – الولاية على المال – ١٩٩٣ – المكتبة القانونية بالأسكندرية .

(٢) أنظـــر : سمير عبد السيد تناغو – إصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الإمتيازات الأجنبية ، وتعـــدد جهات القضاء – مقالة منشورة بمجلة الحقوق للبحوث القانونية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقـــوق – جامعـــة الأسكندرية – السنة الرابعة عشر – ١٩٦٩ – العددان الثالث ، والرابع – ص ١٧٤ ، أنـــور العمروسى – الأحوال الشخصية – ١٩٩٣ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – – ص ٩٣ ، ومابعدها .

وكونه تام الأهلية ، أو ناقصها ، لصغر سن ، أو عته ، أو جنون ، وكونه مطلق الأهلية ، أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية " [1] .

ويلاحظ على حكم محكمة النقض المصرية المتقدم ذكره ، تأثره فى ذلك بتعريف الفقه الفرنسى للحالة ، حيث أنه لم يميز بطريقة ظاهرة بين الحالة ، والأهلية ، إذ اعتبر الأخيرة ضمن الأولى ، مع أنها فى الواقع نتيجة لها [2] . **أما الأمور المتعلقة بالمسائل** المالية ، فكلها - **بحسب الأصل** - من الأحوال العينية . فالوقف ، الهبة ، الوصية ، والنفقات - **وعلى اختلاف أنواعها** - ومناشئها من الأحوال العينية ، غير أن المشرع الوضعى المصرى وجد أن الوقف ، الهبة ، والوصية كلها من عقود التبرعات ، وتقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة ، فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية [3] .

محاولات المشرع الوضعى المصرى لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية :.

حاول المشرع الوضعى المصرى تحديد المقصود بالأحوال الشخصية مرتين :

المرة الأولى :

فى نص المادة (٢٨) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة - والصادرة سنة ١٩٣٧ - والتى صدرت بعد توقيع اتفاقية منترو عام ١٩٣٧ ، والتى أعطت المحاكم المختلطة الإختصاص بنظر مسائل الأحوال الشخصية للأجانب ، إلى جانب المحاكم القنصلية ، وتنص المادة (٢٨) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم على أنه :

" تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص ، وأهليتهم ، أو المتعلقة بنظام الأسرة . وعلى الأخص ، الخطبة والزواج ، وواجباتهما المتبادلة ،

---

[1] **أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٣٤/٦/٢١ - مجموعة القواعد القانونية فى (٢٥) عاما - الجزء الأول - ص ١١٧ . مشارا لهذا الحكم لدى : سمير عبد السيد تناغو - المقالة المشار إليها - ص ٢٥٢ .**

[2] أنظر : محمد كمال حمدى - المرجع السابق - ص ٢٥٢ .

[3] فى تقييم تعريف محكمة النقض المصرية للأحوال الشخصية - بين مؤيد ، ومعارض - وتمييزها عن الأحوال العينية ، أنظر : سمير عبد السيد تناغو - المقالة المشار إليها - ص ١٧٥

والمهـــر ، والدوطة ، ونظام الأموال بين الزوجين ، والتطليق ، والطلاق ، والتفريق ، والبـــنوة ، والإقـــرار بالأبوة وإنكارها ، والعلاقات بين الأصول ، والفروع ، والإلتزام بالـــنفقة للأقـــارب والأصـــهار ، وتصحيح النسب ، والتبنى ، والولاية ، والوصاية ، والقوامـــة ، والحجـــر ، والإذن بـــالإدارة ، والغيـــبة ، واعتـــبار المفقود ميتا ، وكذلك المنازعات ، والمسائل المتعلقة بالمواريث ، والوصايا ، وغيرها من التصرفات المضافة إلى مابعد الموت " .

والمرة الثانية :

فى نص المادة (١٣) من قانون نظام القضاء رقم (١٤٧) لسنة ١٩٤٩ ، والذى أعطى الإختصـــاص للمحاكم الوطنية فى نظر مسائل الأحوال الشخصية للأجانب ، والذى يكاد يكـــون مـــنقولا نقـــلا حرفيا عن نص المادة (٢٨) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة - والصادرة سنة ١٩٣٧ - والتى صدرت بعد توقيع اتفاقية منترو عام ١٩٣٧ ، والتى أعطت المحاكم المختلطة الإختصاص بنظر مسائل الأحوال الشخصية للأجانب ، إلى جانب المحاكم القنصلية . ولذا ، نكتفى بالإحالة إليه ، منعا للتكرار .

ويتبيـــن لـــنا مـــن المقارنة بين نص المادة (٢٨) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، والمـــادة (١٣) من قانون نظام القضاء رقم (١٤٧) لسنة ١٩٤٩ ، أن النص القانونى الوضـــعى الأول كـــان يجعل الدوطة مرادفة للمهر ، وهو أمرا يخالف الواقع ، فقد أكد الـــنص القـــانونى الوضـــعى الثانى على أن الدوطة غير المهر . كما أن النص القانونى الوضـــعى الثانى قد أضاف مسألة الولاية ، واعتبرها من مسائل الأحوال الشخصية . فى حين أن المادة (٢٨)) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة لم تشر إليها .

تقسيم مسائل الأحوال الشخصية إلى مواد متصلة بالأحوال الشخصية البحتة ، ومواد تتصل بالمصالح المالية - أى تتصل بالمال :

تقسم مسائل الأحوال الشخصية إلى مواد متصلة بالأحوال الشخصية البحتة ، ومواد تتصل بالمصـــالح المالـــية - أى تتصـــل بالمال - والأولى : وهى مسائل تتعلق بالنظام العام ، ومنها : المسائل المتعلقة بالنسب ، الزواج ، الطلاق ، البنوة ، الحضانة ، ثبوت الوراثة ، تحديـــد سن الولد ، ومماإذا كان قد بلغ سن الرشد ، أو لم يبلغه بعد ، وغيرها من المسائل المتعلقة بالحالة .

لايجوز التحكيم في المواد المتصلة بمسائل الأحوال الشخصية البحتة :

لايجـوز التحكـيم فـي المواد المتصلة بمسائل الأحوال الشخصية البحتة [1] ، فلايجوز التحكيم في خصومة تتصل بما إذا كان الولد شرعيا ، أم متبنى ، أم لاينتسب إلى أسرة ما ؟ [2] ، أو خصومة تتصل بما إذا كان عقد الزواج صحيحا ، أم باطلا ؟ [3] . أو خصومة تتصـل بمـا إذا كان شخص ما يعتبر وارثا ، أم غير وارث ؟ . أو في خصومة تتعلق بحضانة طفل رضيع ، أو بحقوقه على والديه ؟ [4] . أو في خصومة تتعلق بالحجر على شخص ، باعتبار أن أحكام الحجر تكون متعلقة بالنظام العام ، وكل اتفاق يخالف أحكامه بشأنها يقع باطلا ، تطبيقا لنص المادة (٤٨) من القانون المدني المصري ، والتي تنص على أنه :

" ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها " .

---

[1] أنظـر : رمـزي سـيف – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية – ص ٧٠ ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوي – قواعد المرافعات في التشريع المصري ، والمقارن – بند ٢٤٢ ، ص ٢٩٤ ، أحمد عبد الفتاح الشلقاني – التحكيم في عقود التجارة الدولية – مقالة منشورة بمجلة هيئة قضايا الدولة – العدد السابع – السنة العاشرة – ص ص ٥ – ٩٧ . وخاصة ، ص ٢١ ، أحمد محمد مليجي موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائي – ص ٢٠٦ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختياري ، والإجباري – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ، ص ٧٤ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية – بند ١/٥١ ، ص ١٤٧ ، فتحي والي – الوسيط في قانون القضاء المدني – ط ٣ – ١٩٩٣ – بـند ٤٣٩ ، ص ٩٠٨ ، أشـرف عبد العليم الرفاعي – التحكيم ، والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٦٤ ، ١٦٥ .

[2] أنظر : رمزي سيف – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية – بند ٦٦ ، ص ٧٠ ، عبد المنعم الشـرقاوي – شرح المرافعات المدنية ، والتجارية – بند ٤٥٣ ، ص ٦٢٢ ، أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد – التنفيذ علما ، وعملا – ص ٦٣٨ – الهامش رقم (١٥) .

[3] أنظـر : محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائي المدني – بند ٣١ ، ص ١٠١ ، أحمد أبو الوفا – التعلـيق على نصوص قانون المرافعات – الطبعة الأولى – ١٩٦١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٧٤٧ ، حسني المصري – شرط التحكيم التجاري – المقالة المشار إليها – بند ٣٥ ، ص ٢٠١ .

[4] أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختياري ، والإجباري – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ، ص ٧٤ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية – بند ١/٥١ ، ص ١٤٧

كمـــا لايجوز الإتفاق على التحكيم بشأن تحديد ماإذا كان شخص ما قد بلغ سن الرشد ، أم لـــم يـــبلغه بعـــد ؟ [١] ، ولا على حق الزوجة فى النفقة ، أو على حق الزوج فى إيقاع الطلاق بزوجته [٢] .

يجوز الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات الناشئة عن الآثار المالية لمسائل الأحوال الشخصية [٣] :

يجوز الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات الناشئة عن الآثار المالية لمسائل الأحـــوال الشخصــــية ، كالإتفاق بين الورثة على التحكيم ، لحصر ، وتوزيع التركة ، أو بالنســـبة للنفقة بين الزوجين ، والأقارب [٤] ، أو التعويض عن فسخ الخطبة [٥] ، أو فيما

---

[١] أنظـــر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١/٥١ ، ص ١٤٧ .

[٢] أنظر : فتحى والى – الإشارة المتقدمة .

[٣] فى جـــواز الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات الناشئة عن الآثار المالية لمسائل الأحوال الشخصية ، أنظر :

Dalloz Encyclopedie Juridique . op . cit . , N . 85 et s ; EMIL – TYAN : op . cit . , N . 27 et s ; Repertoire De Droit Civile . T . 111. 1989 . N . 59 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 29 . p . 32 ; PASCAL – ANCEL : Juris – Classeur . N . 27 et s .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ، ص ٧٤ ، ومابعدها ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١/٥١ ، ص ١٤٧ ، ومابعدهـــا ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٣٩ ، ص ٩٠٨ ، ومابعدها .

[٤] أنظر :

PASCAL – ANCEL : Juris – Classeur . N . 77 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit. , edition . 1990 . N . 150 et s . P . 123 et s .

يترتب على عقد الزواج الباطل من آثار ، أو فى تنظيم إدارة التركة قبل تقسيمها [1] ، إلى غير ذلك من المصالح المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية [2] .

فالمصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية - **كالحق فى النفقة ، أو الميراث** - يصح الإتفاق على التحكيم فى نزاع يتصل بها ، لأنه يجوز الصلح عليها . إذ أن حظر الإتفاق على التحكيم إنما يكون قاصرا على الحالة الشخصية فى ذاتها ، دون مايترتب عليها من آثار مالية .

وانظر أيضا : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠١ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٩ ، ص ٧٤ ، حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٣٥ ، ص ٢٠١ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٢٧ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١/٥١ ، ص ١٤٧ ، محمود رضا الخضيرى - المرجع السابق - ص ٢٩٠ .

(*) أنظر : أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - ص ٧٤٧ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٩ ، ص ٧٤ .

(1) أنظر : أحمد أبو الوفا - الإشارة المتقدمة .

(2) أنظر : أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ٢٠٦ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٢٨ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٣٩ ، ص ٩٠٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٦٥ .

المبحث الثانى

مسائل الجنسية

تعريف الجنسية :

الجنســية هــى : الصــلة القانونية التى تربط فرد ما بدولة معينة ، **أو هى :** الإنتماء القانونى لشخص ما إلى السكان المكونين للدولة [1] ، وتلحق الجنسية بالقانون العام ، لأنها تمس تكوين الدولة ذاتها [2] ، وهى مظهرا من مظاهر سيادة الدولة [3] .

لايجوز الإتفاق على التحكيم للفصل فى نزاع يتصل بطلب اكتساب جنسية ما :

لايجوز الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – للفصل فى نزاع يتصل بطلب اكتساب جنسية ما .

---

(1) أنظــر : أحمــد قسمت الجداوى / حسان الدين ناصف – مبادئ القانون الدولى الخاص – المطبعة القانونــية بالأسكندرية – – ١٩٩٦ – ص ٢٠٩ ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٦٥ .

(2) أنظــر : شمس الدين الوكيل – القانون الدولى الخاص " الجنسية ، ومركز الأجانب " – دار الفكر العربى بالقاهرة – ١٩٨٣ – ص ٦٥ ، محمد كمال فهمى – المرجع السابق – ص ٦٤ ، مصطفى كامل إسماعــيل – الإختصــاص فى مســائل الجنسية – مقالة منشورة فى مجلة مجلس الدولة – السنة الأولى – ١٩٥٠ – ص ١٣٣ . وبصفة خاصة ، ص ١٥٢ .

(3) فالجنسية تكون فرعا من السيادة ، ولازما من لوازمها ، أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٦/٥/ ١٩٣٥ – مجموعة محمود عمر – الجزء الأول – رقم (٢٢٦) – ص ٧٧٩ .

لــيس ثمــة مايمــنع الإتفــاق على التحكيم للفصل فى نزاع يتصل بطلب التعويض عن قرار إدارى ، كان قد صدر مخالفا للقانون فى شأن الجنسية

لــيس ثمة مايمنع الإتفاق على التحكيم للفصل فى نزاع يتصل بطلب التعويض عن قرار إدارى ، كان قد صدر مخالفا للقانون فى شأن الجنسية [1] .

---

(١) أنظــر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٧٥ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ١٤٧ .

المبحـث الثالث

المسائل الجنائية

الصلح على الجرائم الجنائية غير جائز بصفة عامة . ومن ثم ، لايصح أن تكون موضوعا للإتفاق على التحكيم :

الصلح على الجرائم الجنائية غير جائز بصفة عامة ، لامع النيابة العامة ، ولامع المجنى عليه نفسه . ومن ثم ، لايصح أن تكون موضوعا للإتفاق على التحكيم ، فلايجوز الإتفاق علـى التحكـيم فـى الجرائم المختلفة ، لأن الحق فى إقامة الدعوى الجنائية عنها يتعلق بالمجـتمع ، وهـذا أمرا يتعلق بالنظام العام فى القانون ، كما أن توقيع العقوبات الجنائية لايصح أن يتولاه أشخاص عاديون ، ولو كانت هيئة تحكيم ، تتشكل من أشخاص عاديين ، أو هيئات غير قضائية .

فلايجوز أن يتناول الإتفاق على الصلح ، أوالتحكيم الجرائم ذاتها . فكل جريمة تنشأ عنها دعويين قضائيتين ، وهما :

الدعـوى القضائية الأولى – دعوى جنائية : تختص بتحريكها السلطات العامة ، ممثلة فى هيئة النيابة العامة .

والدعوى القضائية الثانية – دعوى مدنية : صاحبها هو المجنى عليه ، وأنه وإن كان لهذا الأخير مطلق الحرية فى أن يتصالح عن حقه فى التعويض المدنى ، وأن يتنازل بالشـروط الـتى يراها عن تحريك الدعوى المدنية ، فإنه لايستطيع – سواء عن طريق الإتفـاق على الصلح ، أو التحكيم – أن يكون عقبة فى سبيل تحريك الدعوى الجنائية – والـتى تـرمى إلـى إصـلاح الضرر الإجتماعى المترتب على ارتكاب الجريمة – لأنه لايسـتطيع التصـرف فـيما لايملكه ، باعتبار أن الدعوى الجنائية الناشئة عن ارتكاب الجريمة هى من حق المجتمع ، وتباشرها النيابة العامة – وبالنيابة عنه .

لايؤثـر الإتفاق على الصلح ، أو التحكيم بين الجانى ، والمجنى عليه على سير الدعوى الجنائية :

لايؤثـر الإتفاق على الصلح ، أو التحكيم بين الجانى ، والمجنى عليه على سير الدعوى الجنائية .

لايجــوز الإتفاق على التحكيم – كأصل عام – فى صدد قيام الجريمة ، أو عــدم قــيامها ، وفى صدد نسبتها إلى فاعلها ، وفى صدد العقوبة الجنائية الواجب إعمالها ، جزاء على مالرتكبه الجانى :

لايجــوز الإتفاق على التحكيم – **كأصــل عام** – فى صدد قيام الجريمة ، أو عدم قيامها ، وفــى صدد نسبتها إلى فاعلها ، وفى صدد العقوبة الجنائية الواجب إعمالها ، جزاء على مالرتكــبه الجــانى [(1)] ، وتطبيقا لذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " **مفاد نص المادة (٥٠١/٤) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغــاة بواســطة القــانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكــيم فــى المــواد المدنية ، والتجارية – أنه لايجوز التحكيم بصدد تحديد مسئولية الجــانى عــن الجــريمة الجنائــية ، وإلا عد باطلا ، لمخالفته للنظام العام ، وإذا كانت المسألة التى انصب عليها الإتفاق على التحكيم . وبالتالى ، كانت سببا للإلتزام فى السند إنمــا تتــناول الجريمة فى ذاتها ، وتستهدف تحديد المسئول عنها ، وهى من المسائل المــتعلقة بالــنظام العام ، فلا يجوز أن يرد الصلح عليها . ومن ثم ، لايصح أن تكون موضوعا للإتفاق على التحكيم ، وهو مايستتبع أن يكون الإلتزام فى السند باطلا ، لعدم مشروعية سببه** " [(٢)] .

---

(1) أنظر : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن – بند ٢٤٢ ، ص ٢٩٤ ، محمــود جمال الدين زكى – العقود المسماه – ١٩٦٠ – مطابع دار الكتاب العربى بمصر – بند ١٥ ، ص ٣٧ ، ٣٨ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط ٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ، ص ٧٤ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٢/٥١ ، ص ١٤٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٦٦ .

وانظــر أيضــا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٠/١٢/٢ – مجموعة النقض – س (٣١) – ص ١٩٨٩ – رقم (٣٦٩) ، ١٩٨٧/١١/١٩ – فى الطعن رقم (١٤٧٩) – لسنة (٥٣) ق .

(٢) أنظر :

Cass . Civ . 22 Janv . 1947 . Gaz . Pal . . 1 . 76 ; Paris . 9 Dec . 1955 . Rev . Arb . 1955 . P . 101 .

لايجـوز للجانى أن يصطلح ، أو يبرم اتفاقا على التحكيم مع المجنى عليه علـى عدم تبليغ السلطات العامة بالجريمة ، مقابل حصوله على مبلغ من المال :

لايجـوز للجانى أن يصطلح ، أو يبرم اتفاقا على التحكيم مع المجنى عليه على عدم تبليغ السلطات العامة بالجريمة ، مقابل حصوله على مبلغ من المال ، لأن فى الجريمة إعتداء على المجتمع ، لاعلى شخص المجنى عليه فقط [١] .

لايجوز للجانى أن يصطلح ، أو يبرم اتفاقا على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - مع النيابة العامة ، فى الجرائم المختلفة :

لايجوز للجانى أن يصطلح ، أو يبرم اتفاقا على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - مـع النـيابة العامـة ، فـى الجرائم المختلفة - **وأيا كان نوعها " جنايات ، جنح ، أو مخالفات "** .

تجـيز بعـض القوانين الخاصة الصلح عن المخالفات المقررة فيها ، وفى أحوال خاصة :

تجـيز بعض القوانين الوضعية الخاصة الصلح عن المخالفات المقررة فيها ، وفى أحوال خاصة - **كقوانين المرور ، الجمارك ، والضرائب** . فإذا كان المبدأ المقرر فى القانون أن الصـلح عـن الجـرائم لايجوز ، فإن المشرع الوضعى المصرى قد لاحظ أن مخالفات المرور ليست ذات خطر ، وأنها ليست من قبيل الجرائم العادية - **والمنصوص عليها فى قانون العقوبات المصرى** - فأجاز الإتفاق على الصلح عن هذه المخالفات ، بدفع المخالف

وانظر أيضا :نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٠/١/٢٢ - فى الطعن رقم (٥٦٢ - س (٤٧) ق - مجموعـة أحكام النقض - السنة (٣١) - ص ١٧٩ . مشارا لهذا الحكم القضائى لدى : أحمد أبو الوفا - الإشـارة المتقدمة ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد لمدنية ، والتجارية - بند ٢/٥١ ، ص ١٤٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٦٦ .

[١] أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٧٩ ، ص ٧٤ .

مبلغا من النقود ، ويطلق عليه مبلغ الصلح . ويترتب على ذلك ، إنقضاء الدعوى الجنائية قبل المخالف ، دون حاجة إلى عرض الأمر على القضاء العام فى الدولة (١)

المسائل المالية المترتبة على ارتكاب الجريمة يمكن أن تكون محلا للإتفاق على التحكيم :

المسائل المالية المترتبة على ارتكاب الجريمة يمكن أن تكون محلا للإتفاق على التحكيم ، لأنـــه يجـــوز فيها الصلح - **كالتعويض المستحق للمجنى عليه** (٢) ، فيجوز الإتفاق على التحكـــيم فى شأن تقدير التعويض المستحق للمجنى عليه ، وهذا لايمنع من رفع الدعوى الجنائية على الجانى ، أو من السير فيها (٣) .

إذا جـــاز الصلح بين المسئول عن الجريمة ، والمجنى عليه عن التعويض المدنـــى ، فإنـــه لايجوز الصلح . ومن ثم ، الإتفاق على التحكيم فيما بين المسئولين المتعددين عن الجريمة ، على تحديد مسئولية كل منهم فـــــــى

---

(١) فى بيان أحكام نظام الصلح فى مخالفات المرور فى النظام القانونى الوضعى المصرى ، أنظر : يس محمد يحيى - عقد الصلح - بند ١٨٥ ، ومايليه ، ص ٣٤٣ ، ومابعدها .

(٢) أنظر : محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق - بند ١٥ ، ص ٣٧ ، ٣٨ ، أحمد أبو الوفا - التحكـــيم الإختـــيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٩ ، ص ٧٤ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - الرسالة المشار إليها - ص ٢٠٧ ، محمـــود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٢/٥١ ، ص ١٤٨ ، يـــس محمد يحي - عقد الصلح - الرسالة المشار إليها - بند ١٦٧ ، ١٧٧ ، ص ٣٢٥ ، ومابعدها

(٣) أنظـــر محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن - بند ٢٤٢ ، ص ٢٩٤ ، محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق - بند ١٥ ، ص ٣٧ ، ٣٨ ، محمود رضا الخضيرى - المرجع السابق - ص ٢٩٥

مواجهة المجنى عليه :

إذا جـاز الصلح بين المسئول عن الجريمة ، والمجنى عليه عن التعويض المدنى ، فإنه لايجور الصلح . ومن ثم ، الإتفاق على التحكيم فيما بين المسئولين المتعددين عن الجريمة ، علـى تحديـد مسـئولية كل منهم في مواجهة المجنى عليه ، فتحديد هذه المسئولية من النظام العام ، ولايجوز التحكيم فيها [1] .

---

(١) أنظـر : محمـود جمال الدين زكى – العقود المسماه – بند ٣٧٠ ، ص ٥٥٨ ، أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائي – الرسالة المشار إليها – ص ٢٠٧ ، محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – ص ١٠١ ، أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون المرافعات – الطبعة الأولى – ١٩٦١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٧٤٧ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – الطبعة الخامسة – ١٩٨٥ – منشـأة المعارف بالأسكندرية – ص ١١٢١ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية – بند ٢/٥١ ، ص ١٤٨

المبحث الرابع

لايجوز الإتفاق على الصلح ، أو التحكيم على مبدأ فرض الضرائب ، والرسوم

تفرض الضرائب ، والرسوم بقانون ، أو بناء على قانون ، ولايجوز إعفاء أحدا من الضرائب ، إلا فى الأحوال المنصوص عليها فى القانون .

ومسألة فرض الضرائب ، والرسوم من المسائل التى لاتخضع للإتفاق بين الدولة ، والأفراد ، أو الجماعات ، وإنما تفرضها الدولة بما لها من حق السيادة ، ونتيجة لالتزاماتها بالتكاليف العامة . ومن ثم ، فإنه لايجوز الإتفاق على الصلح ، أو التحكيم على مبدأ فرض الضرائب ، والرسوم [١] .

يجوز الإتفاق على الصلح ، أو التحكيم بين الممول ، وجهة الإدارة المختصة بتحصيل الضريبة ، بشأن المنازعات التى تثور بصدد تحديد الأموال الخاضعة للضريبة ، منعا من رفع هذه المنازعات إلى القضاء العام فى الدولة [٢] :

قد تتفق الجهة المختصة بتحصيل الضريبة مع الممول فى شأن الضريبة التى تفرض عليه ، ولايصح أن يمس هذا الإتفاق المسائل القانونية الخاصة بالضريبة ، إذ لايجوز أن تكون هذه المسائل موضوعا لاتفاقات خاصة بين الممول ، وجهة الإدارة المختصة بتحصيل الضريبة ، بل يجب أن تلتزم فيها أحكام القانون . ومن ثم ، فإنه يجوز الإتفاق على

---

(١) أنظر : يس محمد يحيى – عقد الصلح – بند ١٨٠ ، ص ٣٣٥ .

(٢) فى بيان مدى جواز الصلح عن الضرائب ، والرسوم ، أنظر :

La FONT (PIERRE) : De transation en matiere Fiscal . These Paris . 1966 . P . 160 et s

وانظر أيضا : يس محمد يحيى – عقد الصلح – بند ١٧٨ ، ومايليه ، ص ٣٣١ ، ومابعدها .

الصلح ، أو التحكيم بين الممول ، وجهة الإدارة المختصة بتحصيل الضريبة ، بشأن المنازعات التى تثور بصدد تحديد الأموال الخاضعة للضريبة ، منعا من رفع هذه المنازعات إلى القضاء العام فى الدولة [١] .

قـد يجـيز القانون الإتفاق على الصلح . ومن ثم ، التحكيم بين الممول ، والإدارة الضـريبية المختصة ، بشأن المنازعات المنظورة أمام المحاكم ، لإنهائها بطريق الصلح ، أو التحكيم :

قد يجيز القانون الإتفاق على الصلح . ومن ثم ، التحكيم بين الممول ، والإدارة الضريبية المختصــة ، بشــأن المــنازعات المــنظورة أمام المحاكم ، لإنهائها بطريق الصلح ، أو التحكيم [٢] .

---

[١] أنظر : إدوار غالى الذهبى – الصلح فى جرائم التهرب من الضريبة على الإستهلاك – مقالة منشور فى مجلــة إدارة قضايا الحكومة " هيئة قضايا الدولة حاليا " – س (٢٨) – ١٩٨٤ – العدد الثالث – ص ١٤٥ ، ومابعدها .

[٢] فى اســتعراض بعضا من القوانين الوضعية المصرية التى صدرت ، وأجازت الإتفاق على الصلح بين الممــول ، والإدارة الضريبية المختصة ، بشأن المنازعات المنظورة أمام المحاكم ، لإنهائها بطريق المصالحة ، أنظر : يس محمد يحيى – عقد الصلح – بند ٨٠ ، ص ٣٣٥ ، ومابعدها

الفصل الخامس

إجراءات ، ومنازعات التنفيذ [1]

تمكينا للدائن من أن يحصل على حقه جبرا ، فقد خوله القانون الحق فى إجراء التنفيذ الجبرى ، بحصوله على السند التنفيذى ، واعتبر هذا السند كافيا لإجراء التنفيذ :

تمكينا للدائن من أن يحصل على حقه جبرا ، فقد خوله القانون الحق فى إجراء التنفيذ الجبرى ، بحصوله على السند التنفيذى ، واعتبر هذا السند كافيا لإجراء التنفيذ . فتأكيد السند لحق الدائن الموضوعى ، يكفى لإجراء التنفيذ ، ولو لم يكن الدائن هو صاحب الحق الموضوعى فى الواقع . وقد نظمت مجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية المصرية التنفيذ الجبرى فى الكتاب الثانى منها " **المواد (٢٧٤) - (٤٨٦)** " ، فى أربعة أبواب .

قد يحدث أن يكون مع الدائن سندا تنفيذيا ، ولكن ليس لديه فى الواقع الحق الموضوعى الذى يؤكده السند ، أو يكون مع الدائن سندا تنفيذيا معيبا ، أو لايكون مع الدائن سندا تنفيذيا على الإطلاق ، أو يكون معه سندا تنفيذيا ، ولكنه يقوم بالتنفيذ على مال ليس للمدين ، أو على مالايجوز الحجز عليه ، أو يقوم بالتنفيذ دون اتباع الإجراءات التى ينص عليها القانون :

قد يحدث أن يكون مع الدائن سندا تنفيذيا ، ولكن ليس لديه فى الواقع الحق الموضوعى الذى يؤكده السند ، أو يكون مع الدائن سندا تنفيذيا معيبا - **سواء من ناحية تكوينه ، أو باعتباره سندا** - أو لايكون مع الدائن سندا تنفيذيا على الإطلاق ، أو يكون معه سندا تنفيذيا ، ولكنه يقوم بالتنفيذ على مال ليس للمدين ، أو على مالايجوز الحجز عليه ، أو

---

(1) فى دراسة تفصيلية لإجراءات التنفيذ ، أنظر : فتحى والى - التنفيذ - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١١٣ ، ومايليه ، ص ٢٢٩ ، ومابعدها .

يقــوم بالتنفيذ دون اتباع الإجراءات التى ينص عليها القانون . ولتلافى ذلك ، وللموازنة بيــن مصــلحة الدائن فى إجراء التنفيذ ، ومصلحة المدين ، أو الغير فى معارضة التنفيذ غير العادل أو الباطل ، فإن القانون يتيح المنازعة فى التنفيذ .

المــنازعة فـــى التنفيذ هى : دعوى قضائية تتعلق بالتنفيذ الجبرى ، وهى لاتعتبر جزء من خصومة التنفيذ ، أو مرحلة فيها ، بل تخرج عن نطاقها ، وسيرها الطبيعى ، فهى وإن تعلقت بها ، فإنها تعتبر مستقلة عنها :

المنازعة فى التنفيذ هى : دعوى قضائية تتعلق بالتنفيذ الجبرى ، وهى لاتعتبر جزء مـــن خصومة التنفيذ ، أو مرحلة فيها ، بل تخرج عن نطاقها ، وسيرها الطبيعى ، فهى وإن تعلقت بها ، فإنها تعتبر مستقلة عنها [١] . فخصومة التنفيذ ترمى إلى استيفاء الدائن لحقـــه جبرا . **أما المنازعة فى التنفيذ** ، **فهى** : خصومة عادية ترمى إلى الحصول على حكم قضائى ، بمضمون معين [٢] .

تنقســم منازعات التنفيذ – وبحسب المطلوب فى الدعوى القضائية – إلى نوعيــن : الــنوع الأول : منازعات موضوعية ، والنوع الثانى : منازعات وقتية :

تنقسم منازعات التنفيذ – **وبحسب المطلوب فى الدعوى القضائية – إلى نوعين :**

الــنوع الأول – **منازعات موضوعية** : وهــى التى يطلب فيها الحكم فى موضوع **المنازعة** ، **ومثالها** : دعوى بطلان إجراء من إجراءات التنفيذ .

---

(١) فى دراسة قواعد ، وأحكام منازعات التنفيذ ، أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الطبعة الثانية – ١٩٨١ – بند ٣٣٤ ، ومايليه ، ص ٦٠٤ ، ومابعدها ، التنفيذ الجبرى وفقا لمجموعة المـــرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الثالثة – ١٩٩٣ – مطبعة جامعة القاهرة ، والكتاب الجامعى – بند ٤٣٢ ، ومايليه ، ص ٦٣١ ، ومابعدها .

(٢) أنظر فتحى والى – التنفيذ الجبرى – الطبعة الأولى – ١٩٦٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٣٥٥ ، ص ٥٨٥ ، أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية – بند ٢٢٥ ، ومايليه ، ص ٣٨٢ ، ومابعدها

والنوع الثانى – منازعات وقتية : وهى التى يطلب فيها الحكم بإجراء وقتى ، إلى حين الفصل فى موضوع المنازعة ، وتسمى هذه المنازعات الوقتية بإشكالات التنفيذ .

فـيما يـتعلق بالمحكمــة المختصة بمنازعات التنفيذ فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ فهى قاضى التنفيذ :

فيما يتعلق بالمحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، فهى قاضى التنفيذ [١] ، حيث خوله المشرع الوضعى المصرى الفصــل فى جميع المنازعات – **وأيا كان نوعها** ، **أو قيمتها** ، إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى مصرى خاص ، فتنص المادة (٢٧٥) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" يخــتص قاضــى التنفــيذ دون غــيره بالفصل فى جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أيا كانت قيمتها ، كما يختص بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ .

ويفصــل قاضــى التنفــيذ فــى مــنازعات التنفــيذ الوقتــية بوصــفه قاضــيا للأمور المستعجلة " [٢] .

فلايجــوز رفــع المــنازعة الموضوعية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى الذى يجــرى التنفــيذ بموجــبه . فــإن رفعت إليها ، وجب على هذه المحكمة أن تقضى بعدم

---

[١] فى دراسة نظام قاضى التنفيذ ، أنظر : عزمى عبد الفتاح – نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى ، والمقــارن – رســالة مقدمــة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – ١٩٧٨ .

[٢] ووفقا لمجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ ، فقد كانت المحكمة المختصة بمــنازعات التنفــيذ تخــتلف بحسب ماإذا كانت المنازعة موضوعية ، أم وقتية ، وكانت المحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ الموضوعية تختلف بحسب السند الذى يجرى التنفيذ بموجبه :

فقد كان الإختصاص بمنازعات التنفيذ – إذا كان التنفيذ بموجب حكم قضائى – للمحكمة التى أصدرته " المادة (٤٧٩) من مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ " . وإذا كان التنفيذ بموجب حكم تحكيم ، فقد كان الإختصاص ينعقد للمحكمة المختصة أصلا بموضوع النزاع محل التحكيم " المــادة (٨٤٥) مــن مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ " . أما إذا كان التنفيذ بموجب سند تنفيذى آخر ، فقد كان الإختصاص بمنازعات التنفيذ عندئذ ينعقد للمحكمة الجزئية ، أو لــلمحكمة الإبتدائــية ، بحسب قيمة النزاع – المحكمة المختصة محليا وفقا للقواعد العامة للإختصاص القضائى . أما المحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ الوقتية ، فكان قاضى الأمور المستعجلة

اختصاصــها - ومــن تلقــاء نفســها - وإحالتها إلى محكمة التنفيذ المختصة [1] . كما لايجوز رفع المنازعة الوقتية إلى قاضى الأمور المستعجلة بالمدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائــية . فإن رفعت إليه ، وجب عليه القضاء بعدم إختصاصه - **ومن تلقاء نفسه** - وإحالــتها إلــى محكمــة التنفيذ المختصة . ولايجوز للأطراف ذوى الشأن الإتفاق على اختصاص محكمة أخرى غير محكمة التنفيذ ، فمثل هذا الإتفاق يكون باطلا [2] .

لايجــوز الإتفــاق على التحكيم بصدد إجراءات التنفيذ الجبرى - من حيث صــحتها ، أو بطلانهــا - ولابصــدد الدعــاوى القضــائية المتعلقة بتلك الإجراءات :

لايجــوز الإتفــاق على التحكيم بصدد إجراءات التنفيذ الجبرى - **من حيث صحتها ، أو بطلانها** - ولابصدد الدعاوى القضائية المتعلقة بتلك الإجراءات [3] . **بمعنى ، أنه** لايجوز الإتفــاق علــى التحكيم للفصل فى المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ الجبرى - **سواء كانــت هذه المنازعات متعلقة بصحة إجراء من إجراءات التنفيذ ، أم ببطلانها ، أم كانت مــتعلقة بالإعفــاء مــن إجــراء تطلبه القانون ، أم باتخاذ إجراء لم يتطلبه** - لأن تلك المــنازعات لايحكــم فى مصيرها إلا القضاء العام فى الدولة المختص ، **تنفيذا للقاعدة المقررة بأن إجراءات التنفيذ إنما تجرى تحت إشراف القضاء العام فى الدولة ، ورقابته .**

---

(1) أنظر : فتحى والى - الإشارة المتقدمة .

(2) أنظر : أحمد ماهر زغلول - المرجع السابق - بند ٢٢٧ ، ومايليه ، ص ٣٨٥ ، ومابعدها .

(3) أنظر : أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٦٦ - ص ٤٧٤ ، التحكــيم الإختــيارى ، والإجــبارى - الطبعة الخامسة - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأســكندرية - بند ٣٤ ، ص ٨٣ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - ص ١٢٢١ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٢/٥٢ ، ص ١٤٩ .

لايجــوز الإتفاق على التحكيم بشأن صحة ، أو بطلان إجراءات التنفيذ على العقـــار ، والـــذى تم بواسطة قاضى التنفيذ . أو بطلان ، أو صحة تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المحجوز عليه ، دون محكمة التنفيذ :

لايجوز الإتفاق على التحكيم بشأن صحة ، أو بطلان إجراءات التنفيذ على العقار ، والذى تم بواسطة قاضى التنفيذ ، أو بطلان ، أو صحة تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المحجوز علـــيه ، دون محكمـــة التنفـــيذ ، والتى حدد لها القانون أوضاعا ، وإجراءات ، ومواعيد خاصة فى هذا الشأن .

لايجـــوز الإتفـــاق علـــى التحكيم بشأن اتباع وسائل أخرى لإجراء التنفيذ الجـــبرى علـــى المديـــن ، دون تلك الوسائل المقررة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية لإجراء التنفيذ :

لايجوز الإتفاق على التحكيم بشأن اتباع وسائل أخرى لإجراء التنفيذ الجبرى على المدين ، دون تلــك الوســائل المقررة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية لإجراء التنفيذ ، والــتى تخــتلف باخــتلاف طبيعة المال الذى يجرى عليه التنفيذ ، وماإذا كان فى حيازة المدين المحجوز عليه ، أم فى حيازة غيره ؟ [1] .

للحصـــول علـــى ســـند تنفـــيذى ، وتعيين مقدار الحق ، فقد نظم المشرع الوضعى المصرى دعوى قضائية خاصة ، تسمى : " دعوى صحة الحجز "

للحصـــول على سند تنفيذى ، وتعيين مقدار الحق ، فقد نظم المشرع الوضعى المصرى دعوى قضائية خاصة ، تسمى : " **دعوى صحة الحجز** " ، **والتى ترمى إلى تحقيق هدفين** [2] ، وهما :

الهدف الأول : هو الحصول على حكم إلزام ضد المدين المحجوز عليه ، يتضمن تأكيد حق الدائن الحاجز ، وتعيين مقداره .

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٧٨ / ١ ، ص ٣٤٩ .

(٢) أنظر : فتحى والى – التنفيذ الجبرى – الطبعة الثانية – ١٩٨٦ – بند ١/١٧٨ ، ص ٣٤٩ .

والهدف الثانى : هو الحكم بصحة إجراءات الحجز التحفظى .

تخـــتص بدعـــوى صحة الحجز المحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة فى الإختصاص القضائى بالدعاوى القضائية :

تخــتص بدعــوى صـــحة الحجز المحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة فى الإختصاص القضـــائى بالدعاوى القضائية ، على أساس أن الأمر لايتعلق بمنازعة فى التنفيذ ، وإنما بمـــرحلة مـــن مـــراحله ، فـــيكون الإختصاص القضائى النوعى للمحكمة الإبتدائية ، أو للمحكمـــة الجزئـــية – **وبحســـب مقدار الدين المحجوز من أجله " المادة (٩/٣٧) من قـــانون المرافعات المصرى "** [١] . ويكون الإختصاص القضائى المحلى لمحكمة موطن المديـــن المحجوز عليه ، باعتباره المدعى عليه فى الدعوى القضائية " **المادة (١/٤٩) من قانون المرافعات المصرى** " [٢] .

تـــرفع دعـــوى صحة الحجز بالإجراءات العادية لرفع الدعاوى القضائية ، خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلان ورقة الحجز إلى الغير المحجوز لديه :

ترفع دعوى صحة الحجز بالإجراءات العادية لرفع الدعاوى القضائية ، خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلان ورقة الحجز إلى الغير المحجوز لديه . فإذا لم ترفع خلال هذا الميعاد ، أعتبر الحجز كأن لم يكن " **المادة (١/٣٣٣) من قانون المرافعات المصرى** " [٣] .

---

(١) والتى تنص على أنه :

" إذا كانـــت الدعـــوى بين الدائن الحاجز والمدين بشأن صحة حجز منقول أو بطلانه تقدر بقيمة الدين المحجوز من أجله .

وإذا كانت بين دائن ومدينه بشأن رهن حيازة أو حق امتياز أو رهن رسمى أو حق اختصاص تقدر باعتبار قيمة الدين المضمون .

فـــإذا كانت مقامة من الغير باستحقاقه للأموال المحجوزة أو المحملة بالحقوق المذكورة كان التقدير باعتبار قيمة هذه الأموال " .

(٢) والتى تنص على أنه :

" يكون الإختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه مالم ينص القانون على خلاف ذلك "

(٣) والتى تنص على أنه :

إذا كان يتطلب لصحة إجراءات الحجز ، أو التنفيذ رفع دعوى صحة الحجز علـى الـنحو المتقدم ، فإنه لايجوز أن ترفع هذه الدعوى القضائية إلا إلى المحكمـة المختصة بها ، ولايمكن الإتفاق على التحكيم ، لرفعها أمام هيئة تحكـيم ، تتشـكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، يتفق على تخويلها مهمة الفصل فيها :

إذا كـان يتطلب لصحة إجراءات الحجز ، أو التنفيذ رفع دعوى صحة الحجز على النحو المـتقدم ، فإنـه لايجوز أن ترفع هذه الدعوى القضائية إلا إلى المحكمة المختصة بها ، ولايمكـن الإتفاق على التحكيم ، لرفعها أمام هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، يتفق على تخويلها مهمة الفصل فيها .

إذا اتفـق علـى التحكـيم بصـدد عقد إيجار ، وعن للمؤجر توقيع الحجز التحفظى ، فيجب لتثبيته أن يرفع الدعوى بصحته أمام المحكمة المختصة ، وفقا للقواعد العامة فى الإختصاص القضائى بالدعاوى القضائية :

" فى الأحوال التى يكون فيها الحجز بأمر من قاضى التنفيذ يجب على الحاجز خلال ثمانية الأيام المشار إليها فى المادة السابقة أن يرفع أمام المحكمة المختصة الدعوى بثبوت الحق وصحة الحجز وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكـن " . فى دراسـة النظام القانونى لدعوى صحة الحجز ، أنظر : فتحى والى – المرجع السابق – بند ١٧٨ ، ١٧٩ ، ص ٣٤٩ ، ومابعدها ، التنفيذ الجبرى – الطبعة الثالثة – ١٩٩٣ – بند ١٧٦ ، ومايليه ، ص ٣٥٧ ، ومابعدها ، عزمى عبد الفتاح – قواعد التنفيذ الجبرى – ١٩٩١ – ص ٤٢٤ ، ومابعدها

وفى دراسة النظام القانونى للحجز ، وإجراءاته ، أنظر : عزمى عبد الفتاح – إجراءات الحجوز التنفيذية ، والتحفظـية – دار النهضـة العربـية بالقاهرة – بدون سنة نشر ، أمينة مصطفى النمر – قواعد ، وإجراءات التنفيذ الجبرى ، والتحفظى فى قانون المرافعات – الطبعة الثانية – ١٩٨٠ – دار الفكر العربى بالقاهـرة ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – الطبعة الخامسة – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ، فتحى والى – التنفيذ الجبرى وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ١٢٩ ، ومايليه ، ص ٢٥٦ ، ومابعدها ، محمود مصطفى يونس – دراسـة الـنظام القانونى للحجز التحفظى القضائى – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة . وبصفة خاصة ، ص ١١٦ ، ومابعدها .

إذا اتفـق علـى التحكيم بصدد عقد إيجار ، وعن للمؤجر توقيع الحجز التحفظى ، فيجب لتثبيـته أن يـرفع الدعـوى بصـحته أمـام المحكمة المختصة ، وفقا للقواعد العامةفى الإختصـاص القضـائى بالدعاوى القضائية ، على أساس أن الأمر لايتعلق بمنازعة فى التنفيذ ، وإنما بمرحلة من مراحله ، دون هيئة التحكيم [1] .

إذا كان الإتفاق على التحكيم بصدد عقد من العقود لايمنع أطرافه من توقيع الحجز بمختلف أنواعه – رعاية لحقوقهم ، وتحفظا عليها ، أو اقتضاء لها [2] ، فإنه قد ثار التساؤل حول مصير دعوى صحة الحجز فى حالة الإتفاق على التحكيم ؟ :

إذا كـان الإتفـاق علـى التحكيم بصدد عقد من العقود لايمنع **أطرافه من توقيع الحجز** بمخـتلف أنواعـه – **رعاية لحقوقهم ، وتحفظا عليها ، أو اقتضاء لها** [3] ، **فإنه قد ثار** التسـاؤل حـول مصير دعوى صحة الحجز فى حالة الإتفاق على التحكيم ؟ . **فكما هو** معروفا أنه إذا اتفق على التحكيم ، **فإنه يمتنع على محاكم القضاء العام فى الدولة أن تنظر** النـزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم " **الأثر السالبى للإتفاق على التحكيم** " ، **وقانون** المـرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ يوجب رفع دعوى صحة الحجز خلال ثمانية أيام من تاريخ الحجز ، وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن " **المادة (١/٣٣٣)** " ، وكـان الفصل فى الدعوى القضائية المرفوعة أمام المحاكم بطلب ثبوت الدين مفترضا للفصل فى صحة إجراءات الحجز ، فلا يمكن القول برفع الدعوى القضائية بطلب ثبوت الديـن أمـام هيـئة التحكيم ، وانتظار صدور حكم تحكيم فيها ، ثم الإلتجاء بعد ذلك إلى المحكمة ، ورفع دعوى صحة الحجز أمامها ، ذلك أنه عندئذ يكون الحجز قد اعتبر كأن لم يكن ، لانقضاء الثمانية أيام حتما منذ توقيع الحجز .

---

(١) أنظـر : أحمـد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٣٤ ، ص ٨٤ .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا – الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا – الإشارة المتقدمة .

يــرى جانــب من الفقه [1] – **وبحق** – أن الحل الواجب الأخذ به عندئذ هو رفع دعوى صــحة الحجــز – **بما تتضمنه من طلب ثبوت الدين ، وطلب صحة إجراءات الحجز** – خــلال الثمانــية أيــام مــن تاريخ الحجز أمام المحكمة المختصة ، إحتراما لنص المادة (١/٣٣٣) من قانون المرافعات المصرى ، فإذا لم يدفع المدعى عليه بشرط التحكيم – **باعتــباره دفعــا شكليا غير متعلق بالنظام العام** – فى الوقت المناسب – **وقبل الكلام فى موضــوع الدعوى القضائية ، ومع سائر الدفوع الشكلية الأخرى** – فإن حقه فى التحكيم يســقط ، وتــنظر المحكمة الدعوى القضائية . أما إذا تمسك المدعى عليه بوجود شرط التحكــيم ، فــإن على المحكمة أن تتأكد من صحة هذا الشرط ، فإذا كان باطلا ، قضت بــبطلانه ، ونظرت الدعوى القضائية بشقيها . أما إذا كان شرط التحكيم صحيحا ، كان علــى المحكمة أن توقف الخصومة بالنسبة للشق الخاص بصحة إجراءات الحجز ، حتى يقضــى من هيئة التحكيم فى الشق الخاص بثبوت حق الدائن الحاجز ، ذلك أن هذا الشق الأخير يعتبر مسألة أولية لازمة للفصل فى صحة إجراءات الحجز

[1] أنظر : فتحى والى – التنفيذ الجبرى – بند ٧٨ مكرر ، ص ٣٥٤ .

المبحث السادس

لايجوز الإتفاق علـــى التحكيم بشـــأن نزاع إجرائـــى بحت وإلزام المحكمة بتنفيذ حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم

مـــن القواعد الجوهرية المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالإجراءات أن المحكمـــة المختصـــة بنظر الدعوى القضائية ، تملك - دون غيرها - تقريـــر صـــحة ، أو بطـــلان الإجـــراءات التى اتخذت أمامها ، مع التسليم بإشـــراف محكمة الدرجة الثانية عليها ، هذا ولو لم تتصل القاعدة بالنظام العام :

مـــن القواعـــد الجوهرية المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالإجراءات أن المحكمة المختصـــة بـــنظر الدعـــوى القضائية ، تملك - **دون غيرها** - تقرير صحة ، أو بطلان الإجـــراءات التى اتخذت أمامها ، مع التسليم بإشراف محكمة الدرجة الثانية عليها ، هذا ولو لم تتصل القاعدة بالنظام العام .

لايجـــوز الإتفـــاق على التحكيم بشأن نزاع إجرائى بحت ، وإلزام المحكمة بتنفيذ حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم :

لايجـــوز الإتفـــاق علـــى التحكيم بشأن نزاع إجرائى بحت ، وإلزام المحكمة بتنفيذ حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم (١) .

إذا كـــان مـــن غـــير الجائز الإتفاق على التحكيم بشأن ماتصل بإجراءات الخصـــومة القضـــائية ، إلا أنه يجوز الإتفاق علـــى التحكيم بشأن ماتصل بالدفوع الموضوعية :

إذا كان من غير الجائز الإتفاق على التحكيم بشأن ماتصل بإجراءات الخصومة القضائية ، إلا أنه يجوز الإتفاق علـــى التحكيم بشأن ماتصل بالدفوع الموضوعية .

---

(١) أنظـــر : أحمـــد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٣٢ ، ص ٨٠ .

من الجائز الإتفاق على التحكيم فى شأن ماإذا كان الحق قد سقط بالتقادم ، أو لم يسقط بعد ، وأن الوفاء المدعى بحصوله يعـتد به ، أو لايعتد :

من الجائز الإتفاق على التحكيم فى شأن ماإذا كان الحق قد سقط بالتقادم ، أو لم يسقط بعد ، وأن الوفاء المدعى بحصوله يعـتد به ، أو لايعتد . وإذا كان الأمر يتصل بالنظام العام ، فإنه يجب على هيئة التحكيم مراعاته (١) .

---

(١) أنظـر : أحمـد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٣٢ ، ص ٨٢ .

المبحث السابع

لايجــوز أن يتفق الخصوم على عرض مسألة اختصاص المحكمة بنظر الدعوى القضائية ، من عدمه ، أو عرض مسألة صحة ، أو بطـــلان الإجراءات التى اتخذت أمامهـــا علـــى هيئة تحكيم ، لكى تتولى الفصل فيها

لايجوز أن يتفق الخصوم على عرض مسألة اختصاص المحكمة بنظر الدعوى القضائية ، من عدمه ، أو عرض مسألة صحة ، أو بطلان الإجراءات التى اتخذت أمامها على هيئة تحكيم ، لكى تتولى الفصل فيها .

يســـرى الحكم المتقدم أيضا بالنسبة لطلب سقوط الخصومة القضائية ، أو اعتـــبارها كـــأن لـــم تكن ، أو سقوطها بالتقادم ، أو اعتبار الخصوم فيها حاضرين ، أو غائبين ، وماإذا كان يجوز الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، من عدمه :

يسرى الحكم المتقدم أيضا بالنسبة لطلب سقوط الخصومة القضائية ، أو اعتبارها كأن لم تكـــن ، أو سقوطها بالتقادم ، أو اعتبار الخصوم فيها حاضرين ، أو غائبين ، وماإذا كان يجوز الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية ، من عدمه .

المبحث الثامن

إذا كانت دعوى رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية ، ودعوى مخاصمته تتصل بالنظام العام ، وحيث أن المشأرع الوضعى قــد جعل الإختصاص بالفصل فيهـــا لمحكمة تشكل تشكيلا خاصا – وطبقـــا لقانون المرافعات المدنية ، والتجارية – وتختص هذه المحكمة – دون غيرها – بالفصل فى دعوى رد القاضى عن نظر الدعوى القضائية ، ودعوى مخاصمته ، فإنه لايجوز الإتفاق على التحكيم بالنسبة لهذه المسائل ، أو الدعاوى القضائية ، ولو كانت هيئة التحكيم مشكلة من القضاة ، والمستشارين

إذا كانــت دعــوى رد القاضـــى عن نظر الدعوى القضائية ، ودعوى مخاصمته تتصل بالــنظام العـــام ، وحيث أن المشرع الوضعى قد جعل الإختصاص بالفصل فيها لمحكمة تشـــكل تشـــكيلا خاصا – **وطــبقا لقانون المرافعات المدنية ، والتجارية** – وتختص هذه المحكمـــة – **دون غـــيرها** – بالفصل فى دعوى رد القاضى عن نظرالدعوى القضائية ، ودعوى مخاصمته ، فإنه لايجوز الإتفاق على التحكيم بالنسبة لهذه المسائل ، أو الدعاوى القضائية ، ولو كانت هيئة التحكيم مشكلة من القضاة ، والمستشارين [1] .

---

[1] أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٣٣ ، ص ٨٣

الفصل الرابع

الجزاء المترتب على الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى نزاع غير جائز الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم [1]

إذا أبرم اتفاقا على التحكيم ، للفصل فى نزاع غير جائز الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، فإن هذا الإتفاق يقع باطلا بطلانا مطلقا ، متعلقا بالنظام العام :

إذا أبرم اتفاقا على التحكيم ، للفصل فى نزاع غير جائز الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، فإن هذا الإتفاق يقع باطلا بطلانا مطلقا ، متعلقا بالنظام العام ، وإذا تم التحكيم رغم ذلك - **وبناء على هذا الإتفاق الباطل** - فإنه يجب على القضاء العام فى الدولة الإمتناع عن إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر عندئذ فى خصومة التحكيم .

إذا اشتمل الإتفاق على التحكيم فى شق منه على نزاع غير جائز الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، فإن هذا الإتفاق لايكون باطلا إلا بالنسبة لهذا الشق ، مالم يثبت مدعى البطلان أن هذا الشق لاينفصل عن جملة الإتفاق على التحكيم [2] :

---

(1) فى بيان جزاء الإتفاق على التحكيم بشأن الفصل فى نزاع لايجوز الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم . أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٩٦ ، ومايليه ، ص ٦١٠ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢١٣ ، ٢١٤ .

(2) وقد تصدى المشرع الوضعى الفرنسى - ولأول مرة - لوضع تعريف للإرتباط ، فى المادة (٤٠) من مجموعة المرافعات الفرنسية الصادرة بالقانون الوضعى الفرنسى رقم (٧٢ - ٦٨٤) ، فى (٢٠) يولية سنة ١٩٧٢ ، وتمسك به فى المادة (١٠١) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية - والصادرة فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ، مع تغيير كلمة Differentes بكلمة Distinctes . والتى تنص على وجود ارتباط :

" إذا وجدت صلة بين عدة دعاوى منظورة أمام محكمتين ، فإن حسن سير العدالة يقتضى أن يحقق ويفصل فيهما معا ، وأنه يجوز مطالبة إحدى المحكمتين بالتنازل عن نظر الدعوى ، وإحالتها بحالتها إلى المحكمة

الأخـرى " . راجـع فى ذلك ، وفى انتقاد الشراح فى فرنسا لمسلك المشرع الوضعى الفرنسى فى تعريفه للإرتـباط : السيد عبد العال تمام – الإرتباط – الرسالة المشار إليها – ص ٤١ – بند ٢٧ (١) – ص ٣٥ ، ٣٦ .

فى حـين لم يورد المشرع الوضعى المصرى تعريفا للإرتباط فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسـنة ١٩٦٨ ، ولافى قوانـين المرافعات السابقة عليه ، إلا أن ذلك لاينفى معالجته للآثار المتولدة عن الإرتباط ، وتنظيم أحكامه .

وقد أكد القضاء الفرنسى فى أحكامه القضائية الحديثة نسبيا على أنه يوجد ارتباطا ، إذا كان حسن سير العدالة يقتضى أن تقوم محكمة واحدة بالفصل فى الدعاوى القضائية المرتبطة ، تجنبا لصدور أحكام قضائية متعارضـة ، فى بيان محاولات القضاء الفرنسى منذ أواخر القرن الماضى مشاركة الفقه فى فرنسا محاولاته لـتعريف الإرتباط ، أنظر : السيد عبد العال تمام – الإرتباط – الرسالة المشار إليها – بند ٢٨ (٢) ، ص ٣٧ ، ٣٨ ، بند ٢٩ (٢) ، ص ٣٨ .

أما بالنسبة للقضاء فى مصر ، فإنه لم يصدر عن محكمة النقض المصرية حكما قضائيا عرفت فيه الإرتباط ، إلا أنهـا قد تعرضت له ، وذلك ببيان آثاره ، واستجلاء أحكامه ، أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٦/٢/١٦ ، ١٩٧٤/٥/١١ – مجموعة أحكام النقض – س (٧) – س٠ ٢٥) – ص ٣١٤ ، ص ١٧٤.

أما المحاكم الأخرى فى مصر ، فإنها قد عرفت الإرتباط فى العديد من الأحكام القضائية الصادرة منها . فقد قضـى بوجود ارتباط بين قضيتين ، أو أكثر ، إذا كان لايمكن الفصل فيهما بحكم قضائى واحد ، وكان ذلـك يمثل استثناء على مبدأ ضرورة أن يفصل فى كل قضية على حدة ، أنظر : إستئناف مختلط – جلسة ١٩١٣/٥/٦ – مجموعة التشريع والقضاء " البلتان " – العدد (١٢٣) – السنة (٢٥) – ص ٢٥٠ – ٢٦٠ .

كمـا قضى بوجود ارتباطا بين خصومتين – ولو كان محل كل خصومة مختلفا – إذا وجدت بينهما صلة ، تجعـل الحكـم القضـائى الصادر فى إحدى الخصومتين القضائيتين يؤثر على الحكم القضائى الصادر فى الخصومة القضائية الأخرى ، وبصرف النظر عن اتحاد الخصوم ، أو اختلافهم فى الخصومتين القضائيتين ، أنظر : حكم محكمة القاهرة التجارية – جلسة ١٢ /١٩١٣/٤ – مجلة المحاكم المختلطة " الجازيت " – العدد (٣٢) – السنة (٣) – رقم (٣٣٢) – ص ١٥٧ .

وقـد سـبق الفقه فى فرنسا كل من المشرعين المصرى ، والفرنسى ، وأحكام القضاء فى التصدى لوضع تعريف للإرتباط ، فيرى جانب من الفقه أنه يوجد ارتباطا ، : " إذا كانت توجد صلة قوية جدا بين عدة طلبات قضائية ، تجعل من المصلحة أن يحقق ، ويفصل فيهما معا ، توفيرا للوقت ، وتلافيا لصدور أحكام قضائية متعارضة ، أو يصعب التوفيق بينها " ، أنظر :

VINCENT (JEAN) : Precis de procedure civile . 2 ed . 1975 . N . 318 .

بيـــنما عـــرف جانب آخر من الفقه الإرتباط بأنه : " صلة بين دعويين قضائيتين مرفوعتين أمام محكمتين مختلفتين ، وتقتضى تلك الصلة أن يحقق ، ويفصل فيهما معا ، نزولا على متطلبات حسن سير العدالة " ، أنظر :

SOLUS et PERROT : Droit judiciaire prive . T . 11 . 1973 . P . 229 .

ويعـــرف جانـــب آخر من الفقه الإرتباط بأنه : " صلة تجمع بين أكثر من دعوى قضائية ، وتؤدى تلك الصـــلة إلى جعـــل الحكم القضائى الصادر فى إحداهما مؤثرا على الفصل فى الدعوى القضائية الأخرى ، والفصـــل فى كـــل دعوى قضائية على حدة يؤدى إلى احتمال تعارض الأحكام القضائية الصادرة فى كل مـــنهما ، الأمـــر الذى يحتم تجميعها أمام محكمة واحدة ، لتفصل فيها ، نزولا على مقتضيات حسن سير العدالة " ، أنظر :

Repertoire De Droit Procedure Civile . T . 11 . La connexite . N . .1 . P . 1 .

ولم يتحد الفقه فى مصر فى تعريفه للإرتباط ، فهناك من يعرف الإرتباط بأنه : " صلة بين دعويين قضائيتين تجعل من المناسب – ومن حسن سير العدالة – جمعهما أمام محكمة واحدة ، لتحقيقها ، والفصل فيها معا ، مـــنعا مـــن صدور أحكام قضائية لاتوافق فيها " ، أنظر : أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون المرافعات – ص ٥٠١ .

كمـــا قيل بتوافر الإرتباط : " إذا كان الحل الذى يتقرر لإحدى الدعويين القضائيتين يؤثر فى الحل الذى يجـــب تقريـــره بالنسبة للدعوى القضائية للأخرى ، أو يتأثر به " ، أنظر : أمينة مصطفى النمر – قوانين المرافعات – الكتاب الأول – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٢٦١ ، ص ٤٢٦ .

وعـــرفه جانب آخر من الفقه بأنه : " الصلة التى توجد بين المراكز القانونية الموضوعية لادعاءات الخصوم المطـــروحة على المحكمة ، وأن القاضى العام فى الدولة فى تقديره للإرتباط لايهتم بأوصاف الخصوم ، وإنما يبحـــث قيام هذا الإرتباط داخل المراكز القانونية الموضوعية المقررة لهم " ، أنظر : نبيل إسماعيل عمر – ســـلطة القاضى التقديرية – الطبعة الاولى – ١٩٨٤ – منشأة المعارف بالاسكندرية – بند ٣٤١ ، ص ٣٩٠ ، أصول المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الأولى – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٢٧١ ، ص ٢٩٠ .

بيـــنما عـــرفه جانب آخر من الفقه بأنه : " صلة بين دعويين قضائيتين ، أو أكثر ، تؤدى إلى جعل الحكم القضائى الصادر فى إحداهما مؤثرا على الحكم القضائى الصادر فى الأخرى ، مما يقتضى جمعهما أمام محكمة واحدة ، لتحقيقهما ، والفصل فيهما معا ، بحكم قضائى واحد ، نزولا على مقتضيات حسن إدارة القضاء

إذا اشـــتمل الإتفاق على التحكيم فى شق منه على نزاع غير جائز الفصل فيه عن طريق نظـــام التحكـــيم ، فإن هذا الإتفاق لايكون باطلا إلا بالنسبة لهذا الشق ، مالم يثبت مدعى الـــبطلان أن هذا الشق لاينفصل عن جملة الإتفاق على التحكيم . وبمعنى آخر ، إذا كان هـــناك إرتـــباطا بين نزاع يجوز الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، ونزاع آخر غير جائـــز الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أو كان موضوع العلاقة القانونية التى يدور حولهـــا الـــنزاع محـــل الإتفاق على التحكيم غير قابل للتجزئة (١) ، أى يتألف من عدة طلبات ، يتصل بعضها بالنظام العام " أى **غير قابلة للفصل فيها عن طريق نظام التحكيم** " ، دون البعض الآخر ، وكان الإرتباط بين هذه الطلبات لايقبل التجزئة . فعندئذ ، يبطل الإتفاق على التحكيم كله . ولكن إذا تعددت الطلبات ، وكان بعضها يتصل بالنظام العام " أى غـــير **قابلـــة للفصـــل فيها عن طريق نظام التحكيم** " ، دون البعض الآخر ، وكان الإرتباط بين هذه الطلبات يقبل التجزئة ، فإن الإتفاق على التحكيم يبطل فى هذا الشق فقط ، دون الشق الآخر الذى لايتصل بالنظام العام (٢) .

، وتلافـــيا لصـــدور أحكام قضائية متناقضة ، أو يصعب التوفيق بينها " ، أنظر : السيد عبد العال تمام – النظرية العامة للإرتباط – الرسالة المشار إليها – بند ٣٤ ، ص ٤٥ .

ونـــرى أن الإرتـــباط هو : " صلة بين دعويين قضائيتين ، تتضح من الإشتراك الجزئى لعناصر الدعوى القضـــائية الموضوعية – سواء تعلق ذلك بالمحل فقط ، ، أم بالسبب الذى تنشأ عنه – بحيث أن الفصل فى دعوى قضائية يمكن أن يؤثر فى الدعوى القضائية الأخرى " ، قارب : أحمد عوض هندى – الإرتباط فى قانون المرافعات – ١٩٨٦ – كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية – بند ١٠ ، ص ٣٠ .

(١) فى تعريف الإرتباط غير القابل للتجزئة ، وتأثيره على قواعد الإختصاص القضائى فى القانون الوضعى المقـــارن ، أنظر : السيد عبد العال تمام – النظرية العامة للإرتباط فى الدعاوى المدنية – ١٩٩١ – دار النهضة العربية بالقاهرة . وخاصة ، ص ٢٥ ، ومابعدها ، ص ٤٩ ، ومابعدها ، ص ٨٣ ، ومابعدها .

(٢) أنظـــر : أحمد أبو الوفا – التعليق على قانون المرافعات – الطبعة الأولى – ١٩٦١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٧٤٧ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٤١ ، ص ١١٦ ، ســـامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – بند ٣٥ ، ص ٨٦ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٥١ ، ص ١٤٠ ، بند ٥٣ ، ص ١٥٣ .

الفصل الخامس

الإتفاق على التحكيم للفصل

فى منازعات العقود الإدارية

" التحكيم الإختيارى فى منازعات العقود الإدارية " (١)

---

(١) فى دراسة التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية ، أنظر :

RENE CHAPUS : Droit du contentieux administratif . N . 205 et ss ; G . MATTEL – DEWANCE : L'abritage en droit public . 1987 .

وانظـر أيضـا : محمد كمال منير – مدى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية – مقالة منشورة فى مجلة العلوم الإدارية – السنة الثالثة ، والثلاثون – العدد الأول – يونيو سنة ١٩٩١ – ص ٣٣٩ ، ومابعدهـا ، عزيزة الشريف – التحكيم الإدارى فى القانون المصرى – ١٩٩٢/ ١٩٩٣ – دار النهضة العربية ، أحمد شرف الدين – التحكيم فى منازعات العقود الإدارية – ١٩٩٣ – مطـبعة أبناء وهبة حسان بالقاهرة . وبصفة خاصة ، ص ٨٦ ، ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٨١ ، ومابعدها ، إبراهيم على حسن – تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة ، محاضرات ألقيت فى الدورة التدريبية الأولى فى التحكيم ، والتى نظمتها هيئة قضايا الدولة ، فى الفترة من (١٤) إلى (١٩) سبتمبر سنة ١٩٩٦ – مجلة هيئة قضايا الدولة – السنة الحادية ، والأربعون – العدد الثانى – أبريل – يونيو سنة ١٩٩٧ – ص ص ١ – ٢٨ ، عصمت عبد الله الشيخ – التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى – ٢٠٠٠ – دار النهضـة العربـية – وبصفة خاصة : ص ١٥٥ ، ومابعدها ، حفيظة السيد الحداد – الإتفـاق عـلى التحكيم فى عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية ، وأثرها على القانون الواجب التطبيق – ٢٠٠١ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – وبصفة خاصة : ص ١٧ ومابعدها .

وفى بيان الأسس العامة ، والخصائص الجوهرية التى تقوم عليها نظرية العقد الإدارى ، أنظر : عبد العظيم عـبد السلام عبد الحميد – أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإدارى – ١٩٨٩ – بدون دار نشر ، أثر الظروف الطارئة ، والصعوبات المادية على تنفيذ العقدج الإدارى – ١٩٩٠ – بدون دار نشر ، سليمان محمـد الطماوى ، الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة – الطبعة الخامسة – ١٩٩١ – مطبعة جامعة عين شمس ، محمد سعيد حسين أمين – دراسة وجيزة فى فكرة العقود الإدارية ، وأحكام إبرامها – ١٩٩٢ – دار الثقافة الجامعية بالأسكندرية ، وهيب عياد سلامة ، المنازعات الإدارية ، ومسئولية الإدارة عـن أعمالها المادية – دراسة تحليلية مقارنة لاتجاهات القضاء فى فرنسا ، ومصر – ١٩٩٢ – دار النهضة

كانت المواد (٥٠١) - (٥١٣) من قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - وقبل إلغائها بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - تنظم أحكام ، وإجراءات الفصل فى المنازعات المدنية ، والتجارية عن طريق نظام التحكيم ، وفى ظل العمل بتلك المواد ، كانت مسألة مدى جواز الإتفاق على التحكيم بشأن منازعات العقود الإدارية مثارا للخلاف فى الرأى ، وصدرت فى خصوصها أحكاما قضائية ، وفتاوى ، تباينت الآراء فيها :

كانت المواد (٥٠١) - (٥١٣) من قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **وقبل إلغائها بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - تنظم أحكام ، وإجراءات الفصل فى المنازعات المدنية ، والتجارية عن طريق نظام التحكيم ، وفى ظل العمل بتلك المواد ، كانت مسألة مدى جواز الإتفاق على التحكيم بشأن منازعات العقود الإدارية مثارا للخلاف فى الرأى ، وصدرت فى خصوصها أحكاما قضائية ، وفتاوى ، تباينت الآراء فيها .

العربية ، عمر حلمى - طبيعة اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات العقود الإدارية - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية ، معيار تمييز العقد الإدارى - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية ، محمد عبد الواحد الجميلى - ماهية العقد الإدارى فى ضوء أحكام القضاء الفرنسى ، والمصرى - ١٩٩٥ - بدون دار نشر ، جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - ١٩٩٤ ، مصطفى عبد المقصود سليم - معيار العقد الإدارى ، وأثره على اختصاص مجلس الدولة - دراسة فى أحكام القضاء الإدارى فى مصر ، وفى فرنسا - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية ، نبيل محمد عبد اللطيف - مبادئ ، ونماذج العقود التجارية ، والإدارية - ط ٣ - ١٩٩٨ - بدون دار نشر ،

كانـــت قد صدرت أحكاما من القضاء الإدارى فى مصر لاتقر صحة الإتفاق على التحكيم بشأن منازعات العقود الإدارية :

كانـــت قد صدرت أحكاما من القضاء الإدارى فى مصر لاتقر صحة الإتفاق على التحكيم بشـــأن مـــنازعات العقـــود الإدارية [١] ، فقد بدأ عرض مسألة مدى جواز الإتفاق على التحكـــيم بشـــأن مـــنازعات العقود الإدارية على محكمة القضاء الإدارى " دائرة العقود الإدارية ، والتعويضات " فى مصر فى الدعوى القضائية المعروضة عليها رقم (٤٨٦) ، لســـنة (٣٩) قضـــائية ، والمـــرفوعة مـــن الشـــركة المصرية المساهمة للتعمير ، والإنشـــاءات الســـياحية ، فى ١٩٨٤/١٠/٢٨ ، ضد السيد وزير الإسكان ، والمرافق ، وآخريـــن . وانتهـــت الطلبات القضائية النهائية للشركة المدعية بجلسة ١٩٨٦/٣/١٦ فى مواجهـــة الحاضـــر عن الحكومة بإلزام وزارة الإسكان بتعيين محكما عنها ، للفصل فى المـــنازعات القائمة بين الشركة المدعية ، والحكومة المصرية ، طبقا لأحكام عقد امتياز هضبة المقطم .

وقـــد رأت محكمة القضاء الإدارى أنه إزاء صراحة نص البند خامسا من اتفاق (١٤) أبريل سنة ١٩٥٥ – والملحق بعقد استغلال منطقة قرية المنتزه ، واستصلاح ، وتعمير مـــنطقة جـــبل المقطم ، والمبرم فى (٩) من نوفمبر سنة ١٩٥٤ – فإنها تقضى بما طلبـــته الشركة من الزام الحكومة المصرية بتعيين محكما عنها فى هيئة التحكيم ، للفصل فـــى النزاع القائم بينهما ، فى خصوص تنفيذ عقد الإمتياز ، إعمالا لما ارتضاه طرفاه ، والتقـــت علـــيه إرادتـــيهما . وبناء عليه ، فقد صدر حكم محكمة القضاء الإدارى بإلزام المدعى عليه الأول بصفته وزير للإسكان ، والمرافق بتعيين محكما عنه فى هيئة التحكيم ، والمنصوص عليها فى البند خامسا من اتفاق (١٤) أبريل سنة ١٩٥٥ .

وقـــد طعنـــت هيـــئة قضـــايا الدولة نيابة عن السيد وزير الإسكان ، والمرافق فى الحكم القضـــائى المتقدم ذكره أمام المحكمة الإدارية العليا ، حيث قيد الطعن برقم (٣٠٤٩) ، لسنة (٣٢) قضائية ، وطلبت فى ختام طعنها الحكم بإلغاء الحكم القضائى المطعون فيه ، وبـــرفض الدعـــوى القضائية ، وقدمت هيئة مفوضى الدولة تقريرا بالرأى القانونى ، إنتهت فيه إلى الرأى بقبول الطعن شكلا ، ورفضه بشقيه – المستعجل ، والموضوعى .

---

[١] فى انـــتقاد قضـــاء مجلـــس الدولة المصرى بعدم جواز الإتفاق على التحكيم بشأن منازعات العقود الإداريـــة ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

وقــد رأت المحكمـــة الإدارية العليا أنه : " **القاعدة أن المشرع الوضعى المصرى يكون منزها عن السهو ، والخطأ ، فإنه ينبغى تفسير البند الخامس من الإتفاق المشار إليه ، بما لايهدم خصائص العقد الإدارى وبما لايزيل إختصاص مجلس الدولة المصرى بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد . إذ أن اختصاص مجلس الدولة المصرى ورد فى قانون موضـــوعى مصرى . بيد أن منح التزام المرافق العامة ، فهو من الأعمال الإدارية التى تقوم بها السلطة التشريعية ، كنوع من الوصاية على السلطة التنفيذية ، وهذه الأعمال ليســت قوانيــن ، من حيث الموضوع ، وإن كانت تأخذ شكل القانون الوضعى . . . . ويترتـــب علـــى ذلك ، أنه لايجوز أن يخالف هذا العمل الإدارى أحكام القانون الوضعى المصـــرى ، وإن كانـــت الســـلطة التى تصدرها واحدة . إذ أن من القواعد المقررة فى القـــانون العام أن السلطة التى تضع قاعدة عامة ، لاتملك مخالفتها بأعمال فردية ، وإن كانت تملك تعديلها بقاعدة عامة أخرى . ومع القول جدلا بأن المادة (٥٠١) من قانون المـــرافعات المدنـــية ، والـــتجارية المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ تنطبق فى مجال العقود الإدارية ، فقد تضمن نص فقرتها الأخيرة أنه لايصح التحكيم إلا لمن له التصرف فى حقوقه ، ولايملك الوزير أن يمد أجل عقد أبرم بناء على قانون وضعى خاص إلا بعد استصـــدار قانون وضعى مصرى آخر يجيز له ذلك ، والحكم القضائى المطعون فيه قد ذهـــب إلـــى غير ذلك . ومن ثم ، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون الوضعى المصرى . وعلـــيه ، فقـــد قضت بجلستها المنعقدة فى (٢٠) فبراير سنة ١٩٩٠ إلى إلغاء الحكم القضـــائى المطعون فيه ، والصادر من محكمة القضاء الإدارى ، فى الدعوى القضائية المرفوعة إليها رقم (٤٧٦) ، لسنة (٣٩) قضائية** " .

كمـــا كانـــت محكمـــة القضاء الإدارى فى مصر قد قضت فى إحدى الدعاوى القضائية المـــرفوعة إليها [١] ، والتى تتعلق بأحد عقود المقاولات الإنشائية " **نفق الشهيد / أحمد حمدى** " ، بأن هذا العقد من العقود الإدارية ، وبأنه لايجوز سلب إختصاص محاكم مجلس الدولة فى مصر بنظر المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن هذا العقد ، بموجب نص فيه ،

---

(١) أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر " دائرة العقود الإدارية ، والتعويضات " - الصادر فى ١٩٩٠/١/٣٠ - فى الدعوى القضائية رقم (٥٤٢٩) - لسنة (٤٢) ق . مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد شرف الدين - التحكيم فى منازعات العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٨٧ - فى الهامش ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٢ .

ليسند هـذا الإختصاص إلى هيئة تحكيم ، يتم اختيارها بواسطة الأطراف المحتكمين ، ويتعين الإلتفات عن هذا النص العقدى ، وإعمال أحكام القانون الوضعى المصرى فى هذا الشأن ، والتى أناطت الإختصاص بذلك لمحاكم مجلس الدولة فى مصر - **دون غيرها** .

وقضت محكمة القضاء الإدارى برفض الدفع الذى أبداه المدعى باختصاص **هيئة التحكيم - والمنصوص عليها فى البند العاشر من العقد** - بالفصل فى أى نزاع ينشأ بين أطراف العقد ، دون محاكم مجلس الدولة فى مصر . حيث قالت المحكمة فى حكمها : " **أن هذا القول مردودا عليه بأن المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ تنص على أنه :**

" **تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية : المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر " .**

ومفاد النص المتقدم ، أن محاكم مجلس الدولة هى الجهة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، وهذا الإختصاص يكون واردا - كقاعدة عامة - فى قانون موضوعى . وعلى ذلك ، فلايجوز أن يخالف العمل الإدارى أحكام القانون الوضعى المصرى . وعليه ، فلايحق للجهة الإدارية أن تأتى ، وتضمن العقد الإدارى الذى تبرمه نصا باختصاص هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، تنص على تشكيلها ، واختصاصها بالفصل فى أية نزاع يتعلق بهذا العقد ، إذ يتعين الإلتفات عن هذا النص ، وإعمال أحكام القانون الوضعى المصرى ، والتى أناطت الإختصاص القضائى بذلك إلى مجلس الدولة المصرى - دون غيره " .

كما كانت محكمة القضاء الإدارى فى مصر قد قضت بجلسة ١٩٩٦/١/٢٨ **فى الدعوى** القضائية رقم (٤١٨٨) ، لسنة (٤٨) ق ، والتى كان قد أقامها وزير الأشغال العامة ، والموارد المائية **ضد ممثلى مجموعة الشركات الأوربية المنفذة لمشروع قناطر إسنا ،** طالبا الحكم ببطلان **حكم هيئة التحكيم ، والصادر بتاريخ ١٩٩٤/١/١٥ ، فى قضية التحكيم رقم (٣٩) ، لسنة ١٩٩٣ ، والمرفوعة من المدعى عليهم فى الدعوى القضائية** ، ضد المدعى فيها ، **أمام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى .**

وقد دفعت وزارة **الأشغال العامة ، والموارد المائية ببطلان شرط التحكيم ، وبعدم** اختصاص هيئة التحكيم بنظر الدعوى القضائية ، **لتعلقها بعقد إدارى ، لاشبهة فيه بين** الطرفين - **وهو عقد أشغال عامة ، متضمنا عقد توريد ، مما يختص بنظر منازعاته مجلس الدولة المصرى** ، إلا أن هيئة التحكيم قد قضت برفض الدفع المبدى من وزارة

الأشــغال العامــة ، والمــوارد المائية ، وباختصاصها بنظر النزاع المطروح عليها - **موضوع الإتفاق على التحكيم**

وقد رأت محكمة القضاء الإدارى - **ومن استعراضها لوقائع الدعوى القضائية ، وقانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨** - أن الحكم الصادر من هيئة التحكيم برفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتنــتهى بــه الخصــومة ، كما أنه من غير الحالات التى يجوز الطعن فيها إستثناء من القــاعدة العامة أثناء سير الدعوى ، وقررت المحكمة أنه حيث لم تنته الخصومة بعد فى قضية التحكيم رقم (٣٩) ، لسنة ١٩٩٣ - **والصادر فيها الحكم فى الدفع محل النزاع** - فمــن ثم ، فإنه يكون من المتعين القضاء بعدم قبول الدعوى ، وهو ماصدر به الحكم فى الدعوى سالفة الذكر .

كمــا كــان قد صدر عن المحكمة الإدارية العليا فى مصر حكما قضائيا [(١)] يقضى بعدم جــواز الإتفــاق علــى مايخالف القاعدة العامة المنصوص عليها فى قانون مجلس الدولة المصــرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ ، والتى تجعل الإختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بــالعقود الإدارية منوطا بمحاكم مجلس الدولة فى مصر - دون غيرها - بموجب البنود الــتى قد ترد فى العقد الإدارى ، ويتفق فيها أطرافه على الفصل فى المنازعات المتعلقة بــالعقد بطريق التحكيم الإختيارى ، على اعتبار أن ذلك يعتبر تعديلا لاختصاص مجلس الدولــة فى مصر ، والذى ورد فى قانون موضوعي . ومن القواعد المقررة فى القانون العــام أنــه لايجوز مخالفة القاعدة العامة بأعمال فردية ، وإن كان يجوز تعديلها بقاعدة عامــة أخــرى . فلايحق للجهة الإدارية أن تأتى وتضمن العقد الإدارى الذى تبرمه نصا

---

(١) أنظــر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر - فى جلستها المنعقدة فى ١٩٩٠/٢/٢٠ - فى الطعن رقم (٣٠٤٩) - لسنة (٣٢) قضائية . مشارا لهذا الحكم لدى : محمد كمال منير - مــدى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية - المقالة المشار إليها - ص ٣٢٩ ومابعدها ، وقد تأيد هذا الحكم القضائى الصادر من المحكمة الإدارية العليا فى مصر بحكمها القضائى الصادر فى الطعنين رقمى (١٦٧٥) ، (١٩٥٦) - لسنة (٣٠) قضــائية - بجلستها المنعقدة فى ١٩٩٠/٣/٢٣ . مشارا لهذا الحكم لدى : المبادئ القانونية الــتى تضمنتها الفتاوى الصادرة من الجمعية العمومية - برئاسة المستشار / طارق البشرى - الجــزء الأول - الفترة من أول أكتوبر سنة ١٩٩٦ ، وحتى آخر ديــسمبر سنة ١٩٩٦ - ص ١٥١ .

باختصـــاص هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، او هيئات غير قضائية ، تنص على تشكيلها ، واختصاصها بالفصل فى أى نزاع يتعلق بهذا العقد ، إذ يتعين الإلتفات عن هذا الـــنص ، وإعمـــال أحكـــام القـــانون الوضــــعى المصرى فى هذا الشأن ، والتى خولت الإختصاص بذلك إلى محاكم مجلس الدولة فى مصر - **دون غيرها** .

كـــان قد سبق للجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى - وفى العديد من الفتاوى - أن أفتت بجواز الإتفاق على التحكيم للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية :

كان قد سبق للجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى - **وفى العديـــد مـــن الفتاوى** [1] - أن أفتت بجواز الإتفاق على التحكيم ، **للفصل فى المنازعات الـــتى** يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، بحيث يحق للجهة الإدارية أن تأتى ، وتضمن العقـــد الإدارى الـــذى تبرمه نصا باختصاص هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، تنص على تشكيلها ، واختصاصها بالفصل فى أى نزاع يتعلق بهذا العقـــد ، علـــى ســـند من أن نص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لســـنة ١٩٧٢ قـــد ورد به مايقطع صراحة **بجواز إلتجاء جهة الإدارة إلى نظام التحكـــيم** ، للفصل فى منازعاتها العقدية " **إدارية كانت ، أم مدنية** " ، **حينما نصت الفقرة** الثالثة من المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ على إلزام أية وزارة ، أو هيئة عامة ، أو مصلحة من مصالح الدولة بألا تبرم ، أو تقبل ، أو تجـــيز أى عقد ، أو صلح ، أو تحكيم ، أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة ألاف جنيه ، بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة المصرى ، ولأنه

(١) بجلســـتها المنعقدة بتاريخ ١٩٨٩/٥/١٧ - ملف رقم (٢٦٥/١/٥٤) . مشارا إليه لدى : محمد كمال منير - مدى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية - المقالة المشار إليها - ص ٣٣٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٤ ، ١٨٥ .

وبجلســـة ١٩٩٣/٢/٧ ، إنتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى إلى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم فى العقود الإدارية ، تأييدا لفتواها الصادرة بجلسة ١٩٨٩/٥/٧

لـو كـان الإتفاق على التحكيم أمرا محظورا على جهة الإدارة العامة ، ما كان المشرع الوضعي المصرى قد ألزمها أصلا بعرض هذا الإتفاق ، أو تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على مجلس الدولة فى مصر ، للمراجعة . وأنه إزاء عـدم وجـود تشريع وضعى خاص ينظم التحكيم ، للفصل فى منازعات العقود ، والتى تكـون جهـة الإدارة العامة طرفا فيها ، فإنه يتعين الرجوع فى ذلك إلى الشروط العامة للتحكـيم ، وإجـراءاته – والواردة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى " المواد (٥٠١) – (٥١٣) ، **والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ فـى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " والتى لاتتعارض مع طبـيعة الـروابط الإداريـة ، وأنه ليس مؤدى هذا الإتفاق سلب الولاية المعقودة للقضاء الإدارى فى مصر فى هذا الشأن ، لأن المقصود من نص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ هو بيان الحد الفاصل بين الإختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة المصرى ، ومحاكم القضاء العادى . فالنص فى المادة (١٠) من قـانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ على اختصاص محاكم مجلس الدولـة فـى مصر – **دون غيرها** – بالمنازعات الخاصة بالعقود ، قصد به التأكيد على استبعاد أى اختصاص لمحاكم القضاء العادى بمثل هذه المنازعات ، وهو اختصاصا كان **قائما فى بعض القوانين الوضعية السابقة على قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧)** لسـنة ١٩٧٢ ، **فأراد المشرع الوضعى المصرى بهذا النص القانونى الوضعى أن يقطع** الصـلة بين المحاكم العادية ، ومنازعات العقود الإدارية ، ولكنه لم ينكر حق الأطراف ذوو الشـأن فى عرض مثل هذه المنازعات على هيئة تحكيم خاصة – **تتشكل من أفراد عاديـين ، أو هيـئات غير قضائية** – إذا كان ذلك لايستبعد عند نظر المنازعة موضوع الإتفـاق علـى التحكـيم إعمال القواعد القانونية الموضوعية ، والتى تطبق على العقود الإدارية .

فبمناسـبة مـراجعة اللجـنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصرى لعقد بين وزارة التعمـير ، والمجـتمعات العمرانـية الجديدة ، ومجموعة العمارة ، والتخطيط ، لاحظت اللجـنة وجود شرطا فى العقد ، يجيز الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عنه – **تنفيذا ، أو تفسيرا** – فأحالت الموضوع إلى الجمعية العمومية لقسـمى الفـتوى ، والتشـريع بمجلس الدولة المصرى ، لتقرر مدى جواز الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى منازعات العقود الإدارية .

وقـد عرض الموضوع على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصـرى بجلستها المنعقدة فى ١٩٨٩/٥/١٧ ، فاستعرضت نصوص المواد (١٦٧) ، (١٧٢) مـن الدسـتور المصرى الدائم ، (٥٠١) - (٥١٣) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - (١٠) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ - **ونصها كالتالى :**

" **تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية :** " . . .

حـادى عشـر : المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقـد إدارى آخـر . . . . " - (٥٨)) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ - **ونصها كالتالى :**

" **يـتكون قسـم الفتوى من إدارات مختصة لرياسة الجمهورية ورياسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة** . . . .

وتختص الإدارات المذكورة بإبداء الرأى فى المسائل التى يطلب الرأى فيها من الجهات المبينة بالفقرة الأولى وبفحص التظلمات الإدارية .

ولايجـوز لأى وزارة أو هيـئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة " .

وذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى إلى أن نظام التحكـيم هو : الإتفاق على عرض النزاع أمام محكم ، أو أكثر ، ليفصلوا فيه - **بدلا من المحكمـة المختصـة** - بحكـم ملزم للخصوم ، ويقوم على : إرادة الخصوم ، وإقرار المشرع الوضعى لهذه الإرادة .

ورأت الجمعـية العمومـية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى أن قانون المـرافعات المدنية ، والتجارية المصرى قد أجاز الإتفاق على التحكيم ، وذلك فى المواد (٥٠١) ، ومابعدهـا - **والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـى شـأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - كما أن المادة (٥٨) من قـانون مجلـس الدولـة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ قد ورد بها مايقطع صراحة بجواز التجاء جهة الإدارة العامة إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتها العقدية " **إدارية ، أم مدنـية** " . وأنـه لـو كان الإتفاق على التحكيم أمرا محظورا على الإدارة العامة ، ماكـان المشـرع الوضـعى المصرى قد ألزمها أصلا بعرض هذا الإتفاق ، وتنفيذ حكم

التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على مجلس الدولة المصرى للمراجعة ، وأنه إزاء عدم وجود تشريع وضعى خاص فى مصر ينظم الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعات العقود التى تكون جهة الإدارة العامة طرفا فيها - **سواء المدنية ، أم الإدارية** - فإنه يتعين الرجوع فى ذلك إلى الشروط العامة للتحكيم ، واجراءاته - والواردة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ " **المواد (٥٠١) - (٥١٣) - والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " والتى لاتتعارض مع طبيعة الروابط الإدارية .

وانتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى بالجلسة المذكورة إلى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم ، للفصل فى منازعات العقود الإدارية (١) .

وقد أعادت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصرى عرض ذات الموضوع على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى ، بمناسبة مراجعتها للعقد المبرم بين وزارة الأوقاف ، ومركز الأهرام للتنظيم ، والميكروفيلم لمؤسسة الأهرام ، حيث ورد به شرطا يقضى بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى أى نزاع يمكن أن ينشأ أثناء تنفيذ هذا العقد .

وقد عرض هذا الموضوع على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى ، بجلستها المنعقدة فى (٧) من فبراير سنة ١٩٩٣ ، فتمسكت بفتواها السابقة بجلسة ١٩٨٩/٥/١٧ ، فى خصوص مدى جواز الإلتجاء إلى نظام ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، والتى انتهت فيها إلى جواز ذلك ، وفقا لما سبق بيانه .

ورأت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى بخصوص طلب الرأى المعروض عليها أن المشرع الوضعى المصرى - **وبنص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ ، والذى قضى باختصاص محاكم مجلس الدولة المصرى - دون غيرها - بالمنازعات الخاصة بالعقود** - أراد أن يقطع الصلة بين المحاكم العادية ، ومنازعات العقد الإدارية ، ولكنه لم ينكر حق الأطراف ذوو الشأن فى عرض مثل هذه المنازعات على هيئة تحكيم ، للفصل فيها . خاصة ، إذا كان

---

(١) أنظر : إبراهيم على حسن - تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة - ص ٨ ، ٩ .

ذلـــك لايســـتبعد عند نظر المنازعة موضوع الإتفاق على التحكيم إعمال القواعد القانونية الموضوعية التى تطبق على العقود الإدارية .

فقد انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى إلى جواز الإتفـــاق على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية فى الحالة الماثلة .

مدى سريان أحكام القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على منازعات العقود الإدارية ، بحيث يكون جائزا قانونا الإتفاق على الفصل فى هذه المنازعات عن طريق نظام التحكيم :

عـــندما صـــدر القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، نص فى مادته الأولى على أنه :

" **مـــع عـــدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تســـرى أحكـــام هـــذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القـــانون الخـــاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكـــيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون** " .

كما تنص المادة الثانية من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **يكون التحكيم تجاريا فى حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصـــادى ، عقدية كانت أو غير عقدية ، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمـــات والوكـــالات الـــتجارية وعقـــود التشـــييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخـــيص الصـــناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والإستثمار وعقود التنمية وعملـــيات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقـــة ومـــد أنابيـــب الغـــاز أو النفط ، وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضى الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية** " .

وكـــان مـــن المأمول من هذه العبارة الأخيرة أن تشكل سندا لايختلف عليه حول سريان أحكـــام القـــانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد

المدنية ، والتجارية على منازعات العقود الإدارية [1] ، بحيث يكون جائزا قانونا الإتفاق علـى الفصـل فـي هـذه المنازعات عن طريق نظام التحكيم . خاصة ، وأن الأعمال التحضـيرية للقـانون الوضعي المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية تكشف عن هذا المعنى ، وتشهد عليه [2] ، بيد أن الخلاف فى هـذا الشأن ظل قائما ، ومانفك كذلك بعد العمل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، فقد رأى جانب من الفقه [3] أنه وبعد صدور القانون الوضعي المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، ونصه فى المادة الأولى منه على أنه :

" مـع عـدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسـرى أحكـام هـذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القـانون الخـاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكـيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " .

وبعـد أن رجـح أحكـام الإتفاقـيات المعمول بها فى مصر ، نظم سريان أحكام القانون الوضـعى المصـرى رقـم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والـتجارية علـى كـل تحكيم يجرى فى مصر - **سواء كان بين أطراف من أشخاص القانون العام ، أو القانون الخاص ، وأيا كانت طبيعة العلاقة التى يدور حولها النزاع** - وقد قصد من هذه العبارة سريان القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شـأن التحكـيم فى المواد المدنية ، والتجارية على العقود الإدارية ، كى يصبح حكم هذه

---

[1] أنظر : إبراهيم على حسن - تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة - المقالة المشار إليها - ص ٢٦ .

[2] راجـع المذكـرة الإيضاحية لمشروع قانون التحكيم التجارى الدولى ، والمنشور فى مجلة هيئة قضايا الدولـة - مـلحق العدد الثانى - السنة الثامنة ، والثلاثون - أبريل / يونية سنة ١٩٩٤ - ص ٣٢ ، والمذكـرة الإيضـاحية لمشروع قانون بتعديل بعض أحكام القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

[3] أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

المــادة تقنينا لما انتهى إليه إفتاء مجلس الدولة المصرى فى هذا الشأن . علاوة على ذلك فــإن الإختصــاص المقصور لايحول دون الإلتجاء إلى التحكيم ، طالما أن المسألة محل الـنزاع مـن المسائل التى يجوز الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها (١) .

فـنص المــادة الأولى من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكـيم فى المواد المدنية ، والتجارية قد جاء عاما ، حيث أورد فى إطار سريانه النص علـى التحكـيم بين أطراف من أشخاص القانون العام ، أو القانون الخاص – **وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع** – إذ كان هذا التحكيم يجرى فى مصر .

---

(١) فى بـيان مدى جواز الإتفاق على التحكيم بخصوص المنازعات التى تدخل فى الإختصاص القضائى المـنفرد للقضـاء الوطنى ، أنظر : أحمد قسمت الجداوى – التحكيم فى مواجهة الإختصاص القضائى الـدولى – تنازع الإختصاص ، وتنازع القوانين – ١٩٨٢ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٢٣ ، ومابعدها ، عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص ٧٤٠ ، ومابعدها ، محمد كمال فهمى – المرجع الســابق – ص ٦١٧ ، ومابعدها ، محسن شفيق – التحكيم التجارى الدولى – ص ١٠٧ ، ومابعدها ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٦٥ ، محمود محمد هاشم – الـنظرية العامـة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ١٤٩ ، ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٢٦ ، ص ٣٩ ، ومابعدها ، ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٦٧ ، ومابعدها .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٦/٤/١٢ – القضية رقم (٣٦٩) – لسنة (٢٢) ق – مجموعة أحكام النقض – السنة (٧) – ص ٥٢٢ – ٥٢٧ . مشارا لهذا الحكم القضائى لدى : أحمد قســمت الجداوى – التحكيم فى مواجهة الإختصاص القضائى الدولى – ص ٥٠ ، ٥١ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٩٠ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلســة ١٩٧٥/٣/٥ – فى الطعن رقم (٤٠) ق – مجموعة أحكام النقض – السنة (٢٦) ق – ص ٥٣٥ . مشــارا لهذا الحكم القضائى لدى : أحمد قسمت الجداوى – التحكيم فى مواجهة الإختصاص القضــائى الـدولى – ص ٥١٠ ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٧٩ ، ١٨٠ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٣/١/٢ – فى الطعن رقم (١٢٨٨) – لسنة (٤٨) ق – مجموعة أحكام النقض – السنة (٣٢) – ص ٣٨ . مشارا لهذا الحكم القضائى لدى : أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٠ ، ١٨١ .

كمـــا أن الهدف الأساسى من إصدار القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـــى شـــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية هو ماطرأ على السياسة الإقتصادية فى مصـــر مـــن تغيير جوهرى فى مطلع الثمانينات ، والرغبة فى الخروج من العزلة ، إلى انفتاح ، يهدف إلى اجتذاب رؤوس الأموال العربية ، والأجنبية ، للنهوض ، أو المشاركة فـــى مشـــروعات التنمـــية فـــى مصر . ولاشك أن المستثمر الأجنبى يفضل للفصل فى المـــنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة وجود هيـــئة تحكـــيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، لاتنتسب إلى جنسية الدولـــة التى يستثمر فيها أمواله ، كما أن خشيته التلقائية من القانون الوضعى الوطنى ، تجعله يستهدف دائما الخضوع لأحكام قانون وضعى آخر .

وعـــند مناقشـــة مشـــروع القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكـــيم فـــى المواد المدنية ، والتجارية أثار أحد السادة أعضاء مجلس الشعب المصرى موضـــوع اختصـــاص مجلـــس الدولة فى مصر ، فأجاب السيد المستشار / وزير العدل المصـــرى بأن الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة يكون جائزا بين أشخاص القانون العام المصرى ، ولايـــنزع ذلـــك أية سلطة من سلطات مجلس الدولة فى مصر ، وأن منازعات العقود الإداريـــة يجوز التحكيم فيها ، بافتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى [1] .

كما رأى جانب آخر من الفقه [2] أنه توجد نصوصا فى القانون الوضعى المصرى تجيز للدولة ، وأجهزتها ، وهيئاتها ومؤسساتها العامة ، وشركات قطاع الأعمال العام الدخول طـــرفا فى الإتفاق على التحكيم ، فالمادة (٥٧) من قانون الإستثمار رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٨٩ تجيز الفصل فى منازعات الإستثمار بالطريقة التى يتفق عليها مع المستثمر ، كما يجـــوز الإتفاق على الفصل فى هذه المنازعات فى إطار اتفاقية واشنطن بشأن منازعات الإســـتثمار بيـــن الدول ، ومواطنى الدول الأخرى ، والتى انضمت إليها مصر بالقانون الوضعى المصرى رقم (٩٠) لسنة ١٩٧١ ، وهو مايقتضى الإعتراف بإمكانية الإلتجاء إلى التحكيم ، للفصل فى منازعات العقود التى تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبى ، حتى

---

(١) أنظر : مضبطة مجلس الشعب المصرى – الجلسة الثامنة ، والخمسين – السادس من شهر مارس سنة ١٩٩٤ – ص ١١ .

(٢) أنظر : أحمد شرف الدين – التحكيم فى منازعات العقود الإدارية – المرجع السابق – ص ٩٨٢ .

ولو كانت موصوفة بأنها عقودا إدارية ، ويترتب على انضمام مصر إلى اتفاقية واشنطن بشأن منازعات الإستثمار بين الدول ، ومواطني الدول الأخرى ، صيرورتها جزء من النظام القانوني الوضعي المصري ، وسموها على القوانين الوضعية المصرية الداخلية .

ومن ثم ، يتعين القول بصحة التجاء الدولة ، ومؤسساتها العامة إلى نظام التحكيم في الخارج ، للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن عقودها الإدارية .

بينما أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصري [1] بعدم جواز صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، حيث رأت أن الوصول لكلمة سواء في أمر الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل في جميع منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة - وأيا كان موضوعها - إلا ما استثنى بنص قانوني وضعي خاص ، توجب النظر إلى هذا الأمر لا من منظور الإختصاص الإفتائي ، أو القضائي لمجلس الدولة المصري ، ولكن من منظور الطبيعة القانونية للعقد الإداري ، ومدى تلاؤمها مع نظام التحكيم ، أو تنافرها معه ، وماهي الشروط ، والأوضاع التي يمكن بها إقامة هذا التلاؤم ، وماهي شرائط الأهلية ، وأوضاع الولاية ، والتي تمكن من إقامة هذا التلاؤم ، أو لاتمكن منه .

فالقانون الوضعي المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية - وفي أي من مراحل إعداده ، وحتى صدوره - لم يشتمل قط على نص قانوني وضعي صريح بخضوع العقود الإدارية لهذا القانون ، وأن شمول هذا التحكيم ، أو عدم شموله للمنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية لايتعلق فقط بما إذا كان القانون الوضعي المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية يسع هذه العقود ، أو لايسعها وإنما أيضا يتعلق بصحة شرط التحكيم ، من حيث توافر كمال أهلية إبرامه لمن يبرمه في شأن غيره ، أو مال غيره ، وأن الأصل عند عدم النص ، هو عدم صحة مايجريه الشخص في شأن غيره ، وماله . وأنه إذا كان شرط التحكيم في منازعات العقود الخاصة لايصح لناقصي الأهلية إلا باكتمال أهليتهم ، فإنه وفي منازعات العقود الإدارية لايصح هذا الشرط إلا باكتمال الإرادة المعبرة عن كمال

---

[1] جلسة ١٩٩٦/١٢/١٨ - الفتوى رقم (١٦٠) - بتاريخ ١٩٩٧/٢/٢٢ - ملف رقم (٣٣٩/١/٥٤) . مشارا إليها لدى : المبادئ القانونية التي تضمنتها الفتاوى الصادرة من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصري - الجزء الأول - ص ١٤٩ ، ومابعدها .

الولايـــة العامـــة فى إجرائه ، ولاتكتمل الولاية هنا إلا بعمل تشريعى وضعى يجيز شرط التحكـــيم فـــى العقد الإدارى ، بضوابط محددة ، وقواعد منظمة ، أو بتفويض جهة عامة ذات شـــأن ، لـــلإذن به فى أية حالة مخصوصة ، بمراعاة خطر هذا الشرط ، فلا تقوم مطلق الإباحة لأية هيئة عامة ، أو وحدة إدارية ، أو غير ذلك من أشخاص القانون العام فى مصر [1] ، وأنه يبين من عنوان القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـــى شـــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية أنه يخص التحكيم فى المواد المدنية ، والـــتجارية . ومـــن ثـــم ، يقتصر على مايخص القانون المدنى ، والتجارى ، ولاتشمل أحكامـــه القانون الإدارى . ومن ثم ، فلاتنصرف إليه أحكام القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

كمـــا إن الإطلاق الوارد بالمادة الأولى من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية هو عموما منقوصا ، فإزاء وجود علاقـــات قانونـــية لأشـــخاص القانون العام المصرى تخضع للقانون الخاص ، فإن لفظ أشخاص القانون العام الوارد بنص المادة الأولى من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فـــى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لايكون له من إطلاق ، بحيث يسرى على كافة ماتبرمه من عقود .

والمناقشات التشريعية أشارت إلى أن العقود الإدارية لم ترد صراحة ضمن المادة الأولى مـــن القـــانون الوضـــعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنـــية ، والتجارية ، وأن نص المادة الثانية من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فـــى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية بتعداده أمثلة للعقود التى تخضع لأحكام هذا القانون ، كانت تستهدف تفادى النص صراحة على العقود الإدارية .

وعليه فقد اقترح أن يكون نص المادة الثانية من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧)

---

(1) أنظـــر : تقريـــر لجنة الشئون الدستورية ، والتشريعية بمجلس الشعب المصرى ، عن مشروع قانون بتعديل بعض أحكام القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية

لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية كالتالى :

" **يكون التحكيم تجاريا فى حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصـــادى – عقديـــة كانت ، أم غير عقدية – ويشمل ذلك كافة العقود الإدارية** " (١) .

ولم يحظ الإقتراح بموافقة مجلس الشعب المصرى .

وقـــد نصـــت المادة (١١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **لايجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الإعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه ، ولايجوز التحكيم فى المسائل التى لايجوز فيها الصلح** " .

ولاشـــك أن ممـــثل الشخص الإعتبارى لايملك التصرف فى حقوق هذا الشخص إلا تبعا لقواعد مقررة قانونا ، كما أن الصلح الذى يجريه أحد أشخاص القانون العام يثور فى شأن جوازه بعض الغموض ، ولايوجد رأيا قاطعا فى شأنه .

والعقبة الكئداء إزاء إمكانية الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامـــة ، والإختصـــاص بالفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة – وأيا كان موضوعها ، إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص هو ماورد بنص المادة (١٧٢) من الدستور المصرى الدائم ، من أنه :

" **مجلـــس الدولـــة هيئة قضائية مستقلة ، ويختص بالفصل فى المنازعات الإدارية وفى الدعـــاوى التأديبيـــة ، ويحدد القانون إختصاصاته الأخرى** " ، ولقد قرر مشروع القانون الوضـــعى المصـــرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية (٢) أن نظام التحكيم يتميز بالآتى :

أولا : تبسيط الإجراءات ، وسرعة الفصل فى النزاع .

ثانيا : إحترام القضاء المصرى .

ثالثا : إحترام سيادة الدولة .

---

(١) أنظر : مضبطة مجلس الشعب المصرى – الجلسة الثامنة ، والخمسين – السادس من شهر مارس سنة ١٩٩٤ – ص ١٣ .

(٢) أنظر : فوزية عبد الستار – مضبطة الجلسة الحادية ، والخمسين – فى ٢٠ يناير سنة ١٩٩٤ – ص ٥ .

ولاشـــك أن البنديـــن ثانيا ، وثالثا إذا أخذا بمفهومهما الدستورى ، والقانونى ، فإن فيهما مـــايؤيد عدم جواز الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية (١) .

كمـــا أجازت محكمة استئناف القاهرة فى حكم قضائى لها (٢) الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، فبالنظر إلى أن العلاقات القانونية ذات الطابع الإقتصادى قد اتسعت ، وتشعبت مع مراحل النمو ، والإصلاح التى تخطوهـــا مصـــر ، وتـــتعاظم مســـيرتها حينا بعد حين ، وتشارك الدول ، وغيرها من الأشخاص الإعتبارية العامة فى قيام تلك العلاقات ، بالقدر الازم لتشجيع الإستثمار ، ودفع عجلة التنمية ، وتحقيق أهدافها . بما فى ذلك ، إبرام عقودا إدارية ، وثيقة الصلة بالمرافق العامة فى مصر ، مع أطراف محلية ، وأجنبية ، وإذا كان الإلتجاء إلى التحكيم هو إتفاقا للفصـــل فى منازعات هذه العقود ، مما يندب إليه فيها ، وتستمسك به تلك الأطراف فى حـــالات عديدة ، كسبا لمزايا هذا الأسلوب فى التسوية . وخاصة ، للفصل فى منازعات التجارة والإستثمار ، على الصعيدين الوطنى ، والدولى (٣) .

وقـــد رأى جانب من الفقه (٤) الأخذ بفكرة العقد ذى الشأن الدولى ، وتنطلق هذه الفكرة من أن العقد الإدارى فى تصوره التقليدى يقوم على عناصر وطنية لأطرافه ، وموضوعه ، غـــير أنـــه إزاء التطور الإقتصادى الدولى الذى شمل العالم بأرجائه ، جدت ضرورة تحديـــد مفهوم جديد للعقد الذى يلحق بأطرافه ، أو موضوعه عنصرا أجنبيا ، ومن ذلك ،

---

(١) أنظـــر : أكثم أمين الخولى – الإتجاهات العامة فى قانون التحكيم المصرى الجديد – بحث مقدم لمؤتمر مركز القاهرى الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى – ١٢ – ١٣ سبتمبر سنة ١٩٩٤ .

(٢) أنظـــر : حكم محكمة استئناف القاهرة – الصادر من الدائرة رقم (٦٣) تجارى – بجلستها المنعقدة فى ١٩٩٧/٣/١٩ . مشـــارا لهذا الحكم فى تقرير لجنة الشئون الدستورية ، والتشريعية بمجلس الشعب المصرى ، عن مشروع قانون بتعديل بعض أحكام القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن المواد المدنية ، والتجارية .

(٣) راجع : المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون بتعديل بعض أحكام القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى فى شأن المواد المدنية ، والتجارية .

(٤) أنظـــر : إبراهيم على حسن – تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة – المقالة المشار إليها – ص ٢٦ ، ٢٧ .

ألا يكون محل الإقامة ، أو مقر الشخص المعنوى الطرف فى العقد داخل الدولة المتعاقدة ، أو يكـــون تنفـــيذ العقـــد بدولة أخرى ، أو يتعلق موضوعه بالتجارة الدولية ، أو يكون القـــانون الواجب التطبيق على العقد مما يسمح بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فيما يمكـــن أن ينشـــأ عنه من منازعات ، وهذه الفكرة رغم وجاهتها المبدئية ، إلا أنها تحتاج لجهـــد فقهـــى ، لإرساء معالمها ، وترسيخ جوانبها ، حتى يكون لها - **بوصفها تصورا قانونيا** - قبولا لدى جهات الدولة المعنية بتفسير القانون الوضعى ، ومعالم تطبيقه ، سواء فـــى ذلـــك إدارات الفتـــيا ، وعلى رأسها : الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة فى مصر ، أو المحاكم الوطنية " **إدارية ، ومدنية** "(١) .

رغـــبة فى حسم الخلاف حول مدى سريان أحكام القانون الوضعى المصرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية علـــى مـــنازعات العقـــود الإدارية ، بحيث يكون جائزا قانونا الإتفاق على الفصـــل فـــى هذه المنازعات عن طريق نظام التحكيم بنص قانونى وضعى مصـــرى ، يكون فاصلا ، لاتتوزع الآراء معه ، وتلتقى عنده ، وتستقر كل الإجـــتهادات ، جاء تعديل المادة الأولى من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية :

رغـــبة فى حسم الخلاف حول مدى سريان أحكام القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على منازعات العقود الإدارية ، بحيـــث يكـــون جائـــزا قانونا الإتفاق على الفصل فى هذه المنازعات عن طريق نظام التحكيم بنص قانونى وضعى مصرى ، يكون فاصلا ، لاتتوزع الآراء معه ، وتلتقى عنده ، وتســـتقر كل الإجتهادات ، جاء تعديل المادة الأولى من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية (٢) ، حيث أكد النص

---

(١) أنظر : إبراهيم على حسن - تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة - المقالة المشار إليها - ص ٢٧ .

(٢) تضاف إلى المادة الأولى من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية فقرة ثانية ، نصها كالتالى :

القــانونى الوضــعى المصرى المشار إليه على جواز الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى المـنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، كما أضاف موافقة الوزير المختص للإتفــاق علــى التحكــيم ، للفصل فى هذه المنازعات ، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة التى لاتتبع وزيرا - **كالجهاز المركزى للمحاسبات** .

وإحكامــا لضــوابط الإلتجاء إلى التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقــود الإدارية ، فقد حظر النص القانونى الوضعى المصرى المشار إليه التفويض فى ذلــك الإختصــاص ، فلايباشره إلا من أوكلت إليه هذه المهمة ، إعلاء لشأنها ، وتقديرا لخطورتها ، ولاعتبارات الصالح العام ، وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة فى وزارته [1] .

فالــتعديل بالإضــافة على المادة الأولى من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فــى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية المشار إليه يقرر صراحة جواز الإتفــاق علــى التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، ويحــدد الســلطة الإدارية التى يرخص لها بإجازة مثل هذا الإتفاق ، واعتماده - **ضبطا لاســتعمالها ، وضــمانا لوفــاء الإتفاق على التحكيم عندئذ باعتبارات الصالح العام** - وبحيــث يكــون المرد فى هذا الشأن للوزير المختص ، أو من يمارس اختصاصاته من الأشخاص الإعتبارية العامة ، وبحيث لايجوز لأى منهما التفويض فى هذا الخصوص .

" وبالنســبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصــه بالنســبة للأشخاص الإعتبارية العامة ، ولايجوز التفويض فى ذلك " . وينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به إبتداء من اليوم التالى لتاريخ نشره .

أما النص فى القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد ، والتجارية ، فهو على النحو التالى :

" مــادة (١) : ١ - مــع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تســـرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " .

(1) فــلجوء الدولة إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقودها الإدارية إنما يتم بمحض إرادتها ، وبموافقتها ، طبقا لما تراه محققا للمصلحة العامة ، وبإيكال مهمة الفصل فى المنازعات المذكورة لهيئة تحكيم ، يتفق عليها مع المتعاقد الآخر ، أنظر : تقرير لجنة الشئون الدستورية ، والتشريعية بمجلــس الشعب المصرى عن مشروع قانون بتعديل بعض أحكام القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن المواد المدنية ، والتجارية .

الفصل السادس

مدى اختصاص القضاء المستعجل [(1)] بالوجـــه المستعـــجل مـــن النـــزاع موضـــوع الإتفـــاق علـــى التحكيـــم [(2)]

---

(1) فى دراسة أحكام القضاء المستعجل ، أنظر :

PH . JESTAZ : L'urgence et les principes classiques de droit civile . l . g . d j . 1968 ; BERTIN P H : Refere civile . Repertoire De Droit Procedure Civile . 20e ed . 1983 . T . 111 .

وانظــر أيضــا : محمد عبد اللطيف – الإشارة المتقدمة ، محمد على رشدى – قاضى الأمور المستعجلة ، مصطفى مجدى هرجة – أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى ، محمد على راتب ، محمد نصــر الدين كامل ، محمد فاروق راتب – قضاء الأمور المستعجلة ، محمود محمد هاشم – قانون القضاء المدنى – الجزء الأول – ص ٧٥ ، ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – بــند ٣٠٦ ، ومايليه ، أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – بند ٢٤ ، ٣٦ ، ومايليه ، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها – بند ٦٣ ، ومايليه ، وجدى راغب فهمى – نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى – مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية – السنة (١٥) – يناير سنة ١٩٧٣ ، أحمــد مســلم – الإختصاص ، والموضوع فى قضاء الامور المستعجلة – مقالة منشورة فى مجلة القانون ، والإقتصاد – تصدرها كلية الحقوق – جامعة القاهرة – السنة (٣٠) – العدد الأول – ص ٨٩ ، ومابعدهــا ، أمينة مصطفى النمر – مناط الإختصاص ، والحكم فى الدعاوى المستعجلة – الرسالة المشار إليها .

(٢) فى دراسة مدى اختصاص القضاء المستعجل بالوجه المستعجل من النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر :

JEAN – ROBERT : Arbitrage civile et commercial . Droit interne et Droit international prive . Troisieme edition . edition Sirey . N . 126. P . 133 , 134 ; MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire . P . 129 et s ; Reperetoire De Droit Commercial . Arbitrage commercial . T . 1 . N . 77 et s ; BERTIN : Le refere et le nouvel arbitrage . G . P . 1980 . 520 ; TANDEAU DE MARSAC : Le refere et l'arbitrage international . G . P . 1984 . 375 ;PH . OUAKRAT : L'arbitrage commercial international et les mesures provisoire. Dr . Part . Com . Int . 1988 . P . 239 et s .

مـــادام أن الحـــق ، أو المركز القانونى الموضوعى من المسائل التى يجوز فـــيها التحكـــيم ، فـــإن المنازعات المستعجلة المتعلقة به تكون بالضرورة ممايجوز التحكيم فيها :

مـــادام أن الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى من المسائل التى يجوز فيها التحكيم ، فإن المنازعات المستعجلة المتعلقة به تكون بالضرورة ممايجوز التحكيم فيها ، إذ مادام أن القـــانون الوضعى قد أجاز الإتفاق على التحكيم بشأن المنازعات الموضوعية ، فإنه يجيز – **ومن باب اولى** – عرض المنازعات المستعجلة على التحكيم أيضا ، بدلا من عرضها على المحاكم العادية فى الدولة [1] .

وانظـــر أيضا : محمد عبد اللطيف – القضاء المستعجل – الطبعة الرابعة – ١٩٧٣ – دار النهضة العربية بالقاهـــرة – بـــند ٣٦ ، ص ١١٥ ، ومابعدها ، محمد على رشدى – قاضى الأمور المستعجلة – الطبعة الثانـــية – ١٩٣٤ – بند ٣٩ ، ومايليه ، مصطفى مجدى هرجة – أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفـــيذ الوقتى – ١٩٨٦ – دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية – ص ٧٥ ، ومابعدها ، محمد عـــلى راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب – قضاء الأمور المستعجلة – الجزء الأول – الطـــبعة السادســـة – ١٩٨٦ – طـــبعة عالم الكتب بالقاهرة – ص ٥٦ ، ومابعدها ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١٢ ، ص ٢٣ ، ٢٤ ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – طبعة سنة ١٩٩٢ – بند ٣/٤٢ ، ص ٧٨ – الهامش رقم (١) ، محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ١٦١ ، ومابعدهـــا ، مختـــار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٨٨ ، ومايليه ، ص ١٥٣ ، ومابعدهـــا ، عادل محمد خير – حجية ، ونفاذ أحكام المحكمين – الطبعة الأولى – مارس سنة ١٩٩٥ – دار النهضـــة العربية بالقاهرة – بند ٢٤ ، ص ٦٥ ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٢٤١ ، ومابعدها ، ص ٤٥٢ ، ومابعدها ، على بركات – خصومة التحكـــيم – الرســـالة المشار إليها – بند ٤١١ ، ومايليه ، ص ٤٠٣ ، ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٥ ، ومابعدها .

(١) أنظـــر : أســـامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤١٥ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٥٢ ، ص ١٥١ .

من يملك اتخاذ الإجراءات التحفظية ، أوالوقتية بعد الإتفاق على التحكيم ؟ . هل تختص هيئة التحكيم بنظر النزاع فى شقيه الموضوعى ، والمستعجل ؟ . أم تبقى لقاضى الأمور المستعجلة سلطاته فى اتخاذ مثل هذه الإجراءات ، رغم وجود الإتفاق على التحكيم ؟ :

مـــن يملك اتخاذ الإجراءات التحفظية ، أوالوقتية بعد الإتفاق على التحكيم ؟ . هل تختص هيئة التحكيم بنظر النزاع فى شقيه الموضوعى ، والمستعجل ؟ . أم تبقى لقاضى الأمور المستعجلة سلطاته فى اتخاذ مثل هذه الإجراءات ، رغم وجود الإتفاق على التحكيم ؟ .

لاجـــدال فـــى أن مجرد الإتفاق على التحكيم لايمنع الأطراف المحتكمين من الإلـــتجاء إلى قاضى الأمور المستعجلة ، طلبا لاتخاذ أى إجراء ، أو تدبير تحفظى ، أو وقتى ، طالما أن هيئة التحكيم لم تتشكل بعد :

لاجـــدال فـــى أن مجرد الإتفاق على التحكيم لايمنع الأطراف المحتكمين من الإلتجاء إلى قاضـــى الأمور المستعجلة ، طلبا لاتخاذ أى إجراء ، أو تدبير تحفظى ، أو وقتى ، طالما أن هيـــئة التحكيم لم تتشكل بعد [1] ، فقبل تشكيل هيئة التحكيم يختص القضاء المستعجل

---

(١) أنظر :

GLASSON : op . cit. , N . 1816 . P . 339 ; BERNARD : op . cit . , N . 198 . P . 117 ; HEBRAUD et P . PAYMOND : Obs . R . T . D . Civ . 1952 . P . 99 et s ; J . R . BEVICHI : La These precite . N . 289 . P . 202 ; BERTIN : L'intervention . Rev . Arb . 1982 . P . 331 . specialement . P . 338 ; E . LOQUIN : J . CI . Proc . Fasc . 1034 . N . 10 et s ; G . COUCHEZ : Note sous Paris . 3 Juillet . . J . C . P . 1980 . 11 . 19389 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit ., N . 305 . P . 256 ; J . ROBERT : L'arbitrage . ed . 1993 . N . 127 . P . 104 .

وانظر أيضا :

Cass . Com . 3 Juillet . 1951 . Gaz . Pal . 1951 . 2 . 316 ; Cass . Com . 4 Dec . 1953 . D . 1954 . 108 ; Cass . Com . 14 Mars . 1954 . Rev . Arb . 1955 . 95 ; Cass . Civ . 17 Juillet , 1957 . Bull . Civ . 2e . N . 546 . P . 354 ; Cass . Com . Nov . 1959 . Gaz . Pal . 1960 . 1 . 191 ; Cass . Civ . 7 Juillet . 1979 . Rev . Arb . 1980 . 78 ; Cass . Civ . 20 Mars , 1989 . R . T . D . Civ . 1989 . 624

وحـده بالطلـبات القضـائية الوقتية ، والتحفظية ، وبنفس الشروط التى يتدخل بها طبقا للقواعد العامة ، على أن يضاف إلى هذه الشروط شرطا آخر ، وهو ألا يكون فى إمكان الخصم طالب الإجراء الحصول على نفس الحماية بعد تشكيل هيئة التحكيم (١) .

بعـد تشـكيل هيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى محل الإتفاق على التحكيم ، هل تملك عندئذ الفصل فى المسائل المستعجلة ، واتخـاذ الإجـراءات الوقتـية ، والتحفظية ؟ . أم يظل القضاء المستعجل مختصا بذلك ، رغم انعقاد خصومة التحكيم أمامها ؟ :

بعـد تشـكيل هيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى محل الإتفاق على التحكيم ، هل تملك عندئذ الفصل فى المسائل المستعجلة ، واتخاذ الإجراءات الوقتية ، والتحفظـية ؟ . أم يظل القضاء المستعجل مختصا بذلك ، رغم انعقاد خصومة التحكيم أمامها ؟ .

وانظر أيضا : محمد على رشدى – قاضى الأمور المستعجلة – الجزء الأول – الطبعة الثانية – ١٩٥٢ – مطبعة دار الكتاب العربى بالقاهرة – بند ١٦١ ، ص ٢٣١ ، محمد على راتب – قضاء الأمور المستعجلة – بدون سنة نشر – دار النشر الحديث بالقاهرة – بند ٣٣٦ ، ص ٢٢٩ ، محمد عبد اللطيف – القضاء المسـتعجل – الطـبعة الـرابعة – ١٩٧٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٦ ، ص ١٧ ، ١٨ ، مصطفى مجدى هرجة – الجديد فى القضاء المستعجل – الطبعة الثانية – ١٩٨٢ – دار الثقافة للطباعة ، والنشـر بالأسكندرية – ص ٢٦ ، ٢٧ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بـند ٤٨ ، ص ١٣٤ ، عـز الدين الناصورى ، حامد عكاز – القضاء المستعجل ، وقضاء التنفـيذ ، بـدون سنة نشر – مطبوعات نادى القضاة بالقاهرة – ص ١٩ ، عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى – ص ١٦٨ ، ١٦٩ ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٤٢١ ، ص ٤١٦ .

وانظر أيضا : حكم محكمة بنى سويف الجزئية فى ١٩٣٠/١/٨ – المحاماه المصرية – – السنة (١١) – ص ١٨٣ ، إسـتئناف مختلط فى ١٩٣٦/٤/٢٢ – المحاماه المصرية – السنة (١٧) – رقم (٦١٨) – ص ١٢٤٨ ، مسـتعجل مصـر فى ١٩٥١/١٢/١٥ – المحاماه المصرية – السنة (٣٤) – ص ٨٥٣ ، مستعجل جنوب القاهرة – فى ١٩٨٧/٢/٢٨ – حكما قضائيا غير منشور . مشارا إليه لدى : محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ١٦٦ .

(١) أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٤٢١ ، ص ٤١٦

إذا نص فى شرط التحكيم صراحة على أنه يشمل المنازعات الموضوعية ، والمنازعات الوقتية ، أو المستعجلة ، فإنه يكون من الواجب إحترام هذا الشرط ، وإعماله ، بحيث إذا رفعت الدعوى القضائية المستعجلة أمام القضاء المستعجل ، بالمخالفة لشرط التحكيم ، فإنه يحق للخصم الآخر أن يدفعها بوجود شرط التحكيم :

إذا نص فى شرط التحكيم صراحة على أنه يشمل المنازعات الموضوعية ، والمنازعات الوقتية ، أو المستعجلة ، فإنه يكون من الواجب إحترام هذا الشرط ، وإعماله ، بحيث إذا رفعت الدعوى القضائية المستعجلة أمام القضاء المستعجل ، بالمخالفة لشرط التحكيم ، فإنه يحق للخصم الآخر أن يدفعها بوجود شرط التحكيم .

لم تكن نصوص التحكيم الواردة فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ " المواد (٥١١) - (٥١٣) " - والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - تسمح لهيئة التحكيم باتخاذ ماقد يقتضيه نظر الموضوع من تدابير ، أو إجراءات وقتية ، أو تحفظية ، وكان يتعين على الأطراف المحتكمين الذين يعوزهم ذلك الإلتجاء إلى القضاء المستعجل :

لم تكن نصوص التحكيم الواردة فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ " المواد (٥١١) - (٥١٣) " - والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - تسمح لهيئة التحكيم باتخاذ ماقد يقتضيه نظر الموضوع من تدابير ، أو إجراءات وقتية ، أو تحفظية ، وكان يتعين على الأطراف المحتكمين الذين يعوزهم ذلك الإلتجاء إلى القضاء المستعجل

مفاد نص المادة (١/٢٤) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، هو تخويل الأطراف المحتكمين إمكانية مد سلطة هيئة التحكيم ، وعدم قصرها على الفصل فى الموضوع ، بحيث يتسنى لها الأمر بما تراه من تدابير ، أو

إجـــراءات مؤقتة ، أو تحفظية ، تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه :

تنص المادة (١/٢٤) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **يجــوز لطرفى التحكيم الإتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم ، بناء على طلب أحدهما** ، أن تأمر أيا منهما باتخاذ ماتراه من تدابير مؤقتة ، أو **تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع** . وأن **تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذى تأمر به** " .

ومفــاد الــنص المتقدم ، هو تخويل الأطراف المحتكمين إمكانية مد سلطة هيئة التحكيم ، وعــدم قصرها على الفصل فى الموضوع ، بحيث يتسنى لها الأمر بما تراه من تدابير ، أو إجراءات مؤقتة ، أو تحفظية ، تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه .

يمكن لهيئة التحكيم – وبناء على تراضى الأطراف فى الإتفاق على التحكيم علــى تخويلها هذه السلطة – أن تصدر أمرا – وبناء على طلب أحدهما – بتعييــن حــارس على موجودات الشركة محل النزاع بين الشركاء ، أو أن تأمــر بــإيداع البضـــائع المتنازع عليها فى يد أمين ، أو فى أحد المخازن العامـــة ، أو بالــتحفظ علـــى دفاتــر ، ومســـتندات يحوزها أحد الأطراف المحتكمون ، وتسليمها لخبير تنتدبه . . . إلخ :

يمكن لهيئة التحكيم – **وبناء على تراضى الأطراف فى الإتفاق على التحكيم على تخويلها هــذه الســلطة** – أن تصــدر أمــرا – **وبناء على طلب أحدهما** – بتعيين حارس على موجــودات الشركة محل النزاع بين الشركاء ، أو أن تأمر بإيداع البضائع المتنازع عليها فـــى يد أمين ، أو فى أحد المخازن العامة ، أو بالتحفظ على دفاتر ، ومستندات يحوزها أحد الأطراف المحتكمون ، وتسليمها لخبير تنتدبه . . . إلخ .

نظرا لما قد يترتب على التدابير ، أو الإجراءات الوقتية ، أو التحفظية التى تقتضـــيها طبـــيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه من مصروفات – كدفـــع أتعاب ، أو مقابل الإيداع فى أحد المخازن العامة – فإنه يجوز لهيئة التحكـــيم أن تطلـــب تقديم مايغطى هذه التكاليف ، والتى يتحملها من يطلب

اتخاذ هذه التدابير ، أو الإجراءات التحفظية ، أو الوقتية " المادة (١/٢٤) مـــن القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " :

نظـــرا لمـــا قد يترتب على التدابير ، أو الإجراءات الوقتية ، أو التحفظية التى تقتضيها طبـــيعة الـــنزاع المعروض عليها ، للفصل فيه من مصروفات - **كدفع أتعاب ، أو مقابل الإيـــداع فـــى أحـــد المخازن العامة** - فقد نصت المادة (١/٢٤) من القانون الوضعى المصـــرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **يجـــوز لطرفى التحكيم الإتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم ، بناء على طلب أحدهما ، أن تأمـــر أيامـــنهما باتخاذ ماتراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع ، وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذى تأمر به** " .

ومفـــاد الـــنص المتقدم ، أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تطلب تقديم مايغطى التكاليف التى قد تترتـــب علـــى التدابير ، أو الإجراءات الوقتية ، أو التحفظية التى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، والتى يتحملها من يطلب اتخاذها [١] .

لاتملـــك هيـــئة التحكيم سلطة الإجبار التى يملكها القضاء العام فى الدولة . ولـــذا ، فمـــن المتصور تجاهل من صدر ضده الأمر بالتدبير ، أو الإجراء الـــتحفظى ، أو الوقـــتى - والذى تقتضيه طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه - وامتناعه عن التنفيذ :

لاتملـــك هيـــئة التحكـــيم سلطة الإجبار التى يملكها القضاء العام فى الدولة . ولذا ، فمن المتصـــور تجـــاهل من صدر ضده الأمر بالتدبير ، أو الإجراء التحفظى ، أو الوقتى - والـــذى **تقتضيه طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه** - وامتناعه عن التنفيذ [٢] ، ولمواجهة ذلك ، فقد نصت المادة (٢/٢٤) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧)

---

[١] أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٨٨ ، ص ١٥٣ ، ١٥٤ .

[٢] فى دراسة أثر افتقار هيئة التحكيم لسلطة الأمر ، على اختصاصها بنظر المنازعات المستعجلة ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ١٦٢ ومابعدها .

لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **وإذا تخلـف مـن صـدر إليه الأمر عن تنفيذه ، جاز لهيئة التحكيم ، بناء على طلب الطـرف الآخـر** ، أن تأذن لهذا الطرف فى اتخاذ الإجراءات الازمة لتنفيذه ، وذلك دون إخـلال بحق هذا الطرف فى أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون الأمر بالتنفيذ " .

ومفـاد النص المتقدم ، أنه يجوز لهيئة التحكيم – **وبناء على طلب الطرف المحتكم الذى صـدر الأمر بالتدبير ، أو الإجراء التحفظى ، أو الوقتى – والذى تقتضيه طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه – لصالحه** – أن تأذن له فى اتخاذ الإجراءات ، والتدابير الازمـة لتنفـيذ الأمر . بما فى ذلك ، حقه فى الإلتجاء لرئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، للحصول على أمر بالتنفيذ ، إذا تعلق الأمر بتحكيم غير دولى ، أو رئيس محكمة استئناف القاهرة ، أو محكمة الإستئناف المتفق على اختصاصها بين الأطراف المحتكمين ، إذا تعلق الأمر بتحكيم دولى ، ويقتصر دور رئيس المحكمـة عـندئذ على إصدار الأمر بتنفيذ **التدبير ، أو الإجراء التحفظى ، أو الوقتى – والذى تقتضيه طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه** – فهو لايراجع سلامة ، أو صحة الأمر ، لأنه ليس جهة استئناف ، وإنما فحسب الجهة التى نيط بها أمر ، وإجـبار **الطرف المحتكم الممتنع عن تنفيذ أوامر هيئة التحكيم بالتدابير ، أو الإجراءات التحفظـية ، أو الوقتـية – والتى تقتضيها طبيعة المنازعات المعروضة عليها ، للفصل فـيها – والـتى صدرت بناء على تراضيه مع الطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم** – على الخضوع لها ، وتنفيذها ، وفقا للإتفاق على التحكيم ، والذى تستمد منه هيئة التحكيم سلطاتها [1] .

يـثور التسـاؤل عما إذا كان اتفاق الأطراف المحتكمون على تصدى هيئة التحكـيم لطلـبات اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية – والـتى تقتضـيها طبيعة المنازعات المعروضة عليها ، للفصل فيها – من شـأنه منع الإلتجاء إلى القضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها ؟ . أم

---

[1] أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٨٨ ، ص ١٥٤ ، ١٥٥ .

يظـــل الإختصـــاص فــــى هذه الحالة مشتركا بين هيئة التحكيم ، والقضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها ؟ :

يـــثور التساؤل عما إذا كان اتفاق الأطراف المحتكمون على تصدى هيئة التحكيم لطلبات اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية - **والتى تقتضيها طبيعة المنازعات المعروضة عليها ، للفصل فيها** - من شأنه منع الإلتجاء إلى **القضاء المستعجل المختص** أصـــلا بإصـــدارها ؟ . أم يظـــل الإختصاص فى هذه الحالة مشتركا بين هيئة التحكيم ، والقضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها ؟ [1] ، **فالمادة (١٤) من القانون الوضعى** المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ **فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية تنص** على أنه :

" **يجـــوز للمحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحـــد طـــرفى التحكيم ، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية ، سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم ، أو أثناء سيرها** " [2] .

إذا كـــان من الممكن للأطراف المحتكمين الإتفاق على التحكيم للإلتجاء إلى القضاء المستعجل ، قبل اتصال هيئة التحكيم بالنزاع الموضوعى الأصلى ، فـــإن إمكانـــية ذلك بعد انعقاد هيئة التحكيم ، واتصالها بالنزاع الموضوعى الأصـــلى لايكـــون لـــه مايبرره ، إلا إذا خلا الإتفاق على التحكيم من شرط يخـــول هيئة التحكيم سلطة الفصل فى طلبات إتخاذ الإجراءات ، أو التدابير

---

[1] **فى بـــيان ماإذا كان اتفاق الأطراف المحتكمون على تصدى هيئة التحكيم لطلبات اتخاذ الإجراءات ، أو الـــتدابير المؤقتة ، أو التحفظية - والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه - من شأنه مـــنع الإلـــتجاء إلى القضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها ؟ . أم أنه يظل الإختصاص فى هذه الحالة مشـــتركا بين هيئة التحكيم ، والقضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ١٦٣ ، ومابعدها .**

[2] والمقصود بالمحكمة عندئذ : هى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - إذا تعلـــق الأمر بتحكيم دولى ، ومحكمة استئناف القاهرة ، أو أى محكمة استئناف أخرى يتفق الأطراف المحتكمون على اختصاصها - فى حالة التحكيم الدولى .

المؤقـــتة ، أو تحفظـــية – والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه :

إذا كـــان مـــن الممكـــن للأطـــراف المحتكمين الإتفاق على التحكيم للإلتجاء إلى القضاء المستعجل ، قبل اتصال هيئة التحكيم بالنزاع الموضوعى الأصلى [١] ، فإن إمكانية ذلك بعـــد انعقاد هيئة التحكيم ، واتصالها بالنزاع الموضوعى الأصلى ، لايكون له مايبرره ، إلا إذا خـــلا الإتفـــاق على التحكيم من شرط يخول هيئة التحكيم سلطة الفصل فى طلبات إتخـــاذ الإجـــراءات ، أو التدابـــير المؤقتة ، أو تحفظية – **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها** ، **للفصل فيه** – فعندئذ ، يكون مفهوما ماتضمنه نص المادة (١٤) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والـــتجارية ، ويظـــل مـــتاحا لكـــل طرف من أطراف الإتفاق على التحكيم الإلتجاء إلى المحكمـــة المختصة ، وفقا لنص المادة (٩) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، لطلب اتخاذ تلك الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية – **سواء قبل ، أو بعد بدء إجراءات التحكيم ، وأثناء سيرها** [٢] .

فى حالة وجود اتفاق على التحكيم بين الأطراف المحتكمين – تضمنه شرط التحكـــيم ، أو مشارطته – على اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية – والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض علـــيها ، للفصـــل فـــيه – فـــإن مثل هذا الإتفاق يمنع القضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها من نظر طلب اتخاذ هذه الإجراءت ، أو التدابير – تمامـــا كما يمنعه الإتفاق على التحكيم من نظر النزاع موضوعه – شريطة التمسك بالإتفاق على التحكيم :

---

(١) إذ يؤدى القول بمنع ذلك إلى حرمان الطرف المحتكم المهدد بضياع دليله ، أو المعرض لمواجهة خطر محدق من وسيلة حماية ، فى بيان شروط اختصاص قاضى الأمور المستعجلة عند وجود اتفاق على التحكيم ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ١٧١ ، ومابعدها .

(٢) أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٨٩ ص ١٥٥ ، ١٥٦ .

فى حالة وجود اتفاق على التحكيم بين الأطراف المحتكمين – **تضمنه شرط التحكيم ، أو مشـــارطته** – علـــى اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظـــية – **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه** – فإن مثل هذا الإتفـــاق يمـــنع القضـــاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها من نظر طلب اتخاذ هذه الإجـــراءات ، أو التدابـــير – **تمامـــا كمـــا يمـــنعه الإتفاق على التحكيم من نظر النزاع موضـــوعه** – شـــريطة التمســـك بالإتفاق على التحكيم ، فلا يرفض القاضى المستعجل المختص أصلا بإصدارها الطلب المقدم إليه إلا إذا تمسك الطرف الآخر فى الإتفاق على التحكـــيم بـــه ، ومـــا تضمنه من شرط اختصاص هيئة التحكيم بالفصل فى طلبات اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية – **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه** .

إذا كـــان فـــى حالـــة وجود اتفاق على التحكيم بين الأطراف المحتكمين – تضمنه شرط التحكيم ، أو مشارطته – على اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ الإجـــراءات ، أو التدابـــير المؤقتة ، أو التحفظية – والتى تقتضيها طبيعة الـــنزاع المعروض عليها ، للفصل فيه – فإن مثل هذا الإتفاق يمنع القضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها من نظر طلب اتخاذ هذه الإجراءت ، أو التدابـــير – تماما كما يمنعه الإتفاق على التحكيم من نظر النزاع موضوعه – شـــريطة التمســـك بالإتفـــاق على التحكيم ، فإنه يستثنى من ذلك حالة الضرورة :

إذا كـــان فـــى حالـــة وجود اتفاق على التحكيم بين الأطراف المحتكمين – **تضمنه شرط التحكـــيم ، أو مشـــارطته** – على اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقـــتة ، أو التحفظية – **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه** – فـــإن مـــثل هذا الإتفاق يمنع القضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها من نظر طلب اتخاذ هذه الإجراءت ، أو التدابير – **تماما كما يمنعه الإتفاق على التحكيم من نظر النزاع موضوعه** – شريطة التمسك بالإتفاق على التحكيم ، فإنه يستثنى من ذلك حالة الضرورة ، والـــتى تتمـــثل فى وجود مبررات قوية تقتضى اتخاذ مثل هذه الإجراءات ، أو التدابير

الوقتية ، أو التحفظية بعد إبرام الإتفاق على التحكيم ، وقبل اكتمال تشكيل هيئة التحكيم ، واتصالها بالنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم (١) .

منـع القضـاء المسـتعجل المختص أصلا باتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقـتة ، أو التحفظية – والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه – يستلزم وجود اتفاقا على ذلك بين الأطراف المحتكمين :

مـنع القضـاء المسـتعجل المختص أصلا باتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية – **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه** – يستلزم وجود اتفاقا على ذلك بين الأطراف المحتكمين ، إذ أنه لما كان التحكيم طريقا إستثنائيا ، للفصل فـى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، فإنـه لايجوز التوسع فى تفسير شرط التحكيم ، أو مشارطته ، فإذا لم يتضمن الإتفاق بين الأطراف المحتكمين صراحة منح هيئة التحكيم سلطة الفصل فى طلب اتخاذ الإجراءات ، أو التدابـير الوقتـية ، و التحفظـية – **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصـل فـيه** – فإن الأمر يظل فى يد القضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها ، وفقا لـنص المـادة (١٤) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – **سواء قبل ، أو أثناء إجراءات خصومة التحكيم**

يحسـن أن تتم صياغة شرط التحكيم ، أو مشارطته بشكل واضح ، لايثير اللبس ، أو يتضمن غموضا :

يحسـن أن تـتم صـياغة شرط التحكيم ، أو مشارطته بشكل واضح ، لايثير اللبس ، أو يتضمن غموضا ، فالإتفاق على إحالة جميع المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأطراف المحتكمين عن تفسير العقد ، أو تنفيذه قد يثير صعوبات فى التطبيق ، إذ أن المتبادر إلى الذهـن هـو إنصـراف ذلك إلى المنازعات المتعلقة بأصل الحق ، أو المركز القانونى الموضـوعى – **محل الإتفاق على التحكيم** – ومع ذلك ، تظل إمكانية الجدل قائمة حول مدلـول لفظ " **جمـيع ، أو كل المنازعات** " ، وأن هذا الإطلاق لايوجد مايخصصه ، مما يسـمح بإمكانـية القول بشموله للمنازعات الموضوعية المتعلقة بأصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى – **محل الإتفاق على التحكيم** – أو المتعلقة بطلب اتخاذ الإجراءات ،

(١) أنظر مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٨٩ ، ص ١٥٦

أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية - **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه** - ويتوقف الأمر على فحص الملابسات ، والظروف المحيطة ، والتى يمكن الإستدلال منها على ماالتجهت إليه إرادة الأطراف المحتكمين ، ويكون الأمر على جانب كبير من الأهمية ، لأنه يحدد نطاق مهمة هيئة التحكيم ، والتى يعد تجاوزها سببا من أسباب بطلان حكم التحكيم الصادر منها عندئذ (١) .

إذا نص فى شرط التحكيم على إحالة نزاع معين إلى هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، بحيث جاء هذا النص عاما ، لايشير صراحة إلى اختصاص هيئة التحكيم بنظر المنازعات المستعجلة . أو لم يرد فى مشارطة التحكيم مايشير صراحة إلى اختصاص هيئة التحكيم ، أو عدم اختصاصها بنظر المنازعات المستعجلة ، فماذا يكون الحل عندئذ ؟ . هل يمتد اختصاص هيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى بالفصل فى المنازعات المستعجلة ، على غرار اختصاصها بالفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى ؟ . أم يقتصر اختصاص هيئة التحكيم على الفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى المنصوص عليه صراحة فى الإتفاق على التحكيم ، دون المنازعات المستعجلة ، والتى لم يشر الأطراف المحتكمون إليها - سواء بالنص صراحة على اختصاص هيئة التحكيم ، أو عدم اختصاصها ؟ :

إذا نص فى شرط التحكيم على إحالة نزاع معين إلى هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، بحيث جاء هذا النص عاما ، لايشير صراحة إلى اختصاص هيئة التحكيم بنظر المنازعات المستعجلة . أو لم يرد فى مشارطة التحكيم مايشير صراحة إلى اختصاص هيئة التحكيم ، أو عدم اختصاصها بنظر المنازعات المستعجلة ، فماذا يكون الحل عندئذ ؟ . هل يمتد اختصاص هيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى بالفصل فى المنازعات المستعجلة ، على غرار اختصاصها بالفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى ؟ . أم يقتصر اختصاص هيئة التحكيم على الفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى المنصوص عليه صراحة فى الإتفاق

(١) أنظر مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٩٠ ، ص ١٥٦ ، ١٥٧ .

علـــى التحكيم ، دون المنازعات المستعجلة ، والتى لم يشر الأطراف المحتكمون إليها - **ســـواء بالـــنص صـــراحة علـــى اختصـــاص هيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى ، أو عدم اختصاصها ؟ .**

ذلك أنه قد يحدث غالبا أن يكون شرط التحكيم المدرج فى أحد العقود - **للفصل فى النزاع المحـــتمل ، وغـــير المحدد ، والذى يمكن أن ينشأ عن تفسيره ، أو تنفيذه ، عن طريق هيـــئة تحكـــيم ، تتشـــكل مـــن أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصـــة بتحقـــيقه ، والفصل فى موضوعه** - عاما ، لايشير صراحة إلى المنازعات المستعجلة . فهل مثل هذا الشرط يسرى أيضا على الدعاوى المستعجلة - **كدعاوى إثبات الحالة مثلا ؟** . وبمعنى آخر ، **هل يمتد الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم ، والمتمثل فى اســـتنفاد ولاية القضاء العام فى الدولة بالنسبة للنزاع الموضوعى الأصلى إلى المنازعات المستعجلة ، والوقتية المتعلقة به ؟** . أم أن الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم لايمتد عندئذ إلـــى المســـائل المســـتعجلة ، ويظل القضاء العام فى الدولة مختصا بنظرها ، حتى بعد عـــرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على هيئة التحكيم المختارة للفصل فيه من قبل الأطراف المحتكمين ؟ .

يتنازع مسألة مدى امتداد الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم ، والمتمثل فى استنفاد ولاية القضاء العام فى الدولة بالنسبة للنزاع الموضوعى الأصلى إلى المنازعات المستعجلة ، والوقتية المتعلقة به ؟ . أم أن الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم لايمتد عندئذ إلى المسائل المستعجلة ، ويظل القضاء العام فى الدولة مختصا بنظرها ، حتى بعد عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على هيئة التحكيم المختارة للفصل فيه من قبل الأطراف المحتكمين ؟ إتجاهان :

يتنازع مسألة مدى امتداد الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم ، والمتمثل فى استنفاد ولاية القضاء العام فى الدولة بالنسبة للنزاع الموضوعى الأصلى إلى المنازعات المستعجلة ، والوقتية المتعلقة به ؟ . أم أن الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم لايمتد عندئذ إلى المسائل المستعجلة ، ويظل القضاء العام فى الدولة مختصا بنظرها ، حتى بعد عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على هيئة التحكيم المختارة للفصل فيه من قبل الأطراف المحتكمين ؟ إتجاهان ، وهما : الإتجاه الأول : إتخاذ الإجراءات التحفظية بشأن المسائل التى تخضع للإتفاق على التحكيم يدخل فى اختصاص القضاء المستعجل ، والإتجاه الثانى : الإتفاق على التحكيم - ومتى توافرت شروطه ، طبقا لنصوص القانون المنظمة للتحكيم - يمنع كل من القضاء العادى ، والقضاء المستعجل من نظر أية دعوى قضائية متعلقة به - سواء كانت عن موضوع النزاع محل التحكيم ، أم كانت بخصوص إجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية - إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون صراحة على العدول عن التحكيم .

الإتجاه الأول - الإتفاق على التحكيم فى عقد من العقود لاينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظر طلب اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية - والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه - المتعلقة بتفسير هذا العقد ، أو تنفيذه ، إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون على أن يكون الإختصاص بهذه المسائل المستعجلة لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى موضوع الإتفاق على التحكيم أيضا - وحدها - دون غيرها . كما أن الإتفاق على التحكيم

لايـنفى اختصـاص القضـاء المستعجل بنظر الإشكالات الوقتية المتعلقة بالإجـراءات الاحقـة لصدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – كالإشكالات المتعلقة بتنفيذه :

ذهب الرأى الراجح فى الفقه (1) ، وأحكام القضاء (2) إلى أن الإتفاق على التحكيم لايمنع مـن نظـر الدعوى المستعجلة أمام القضاء المستعجل – **كدعوى إثبات الحالة مثلا** – أو

---

(1) أنظر :

Dalloz Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 1 . 1947 . N . 57 et s ; Repertoire De Droit Commercial . Arbitrage commercial . T . 1 . 1972 . N . 233 ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . 1977 . T . 11 . Compromis . Clause compromissoire . N . 220 ; JEAN – VINCENT : Procedure civile . Dix – Neuvieme edition . 1978 . Dalloz . P . 1044 . N . 813 ; JEAN – VINCENT , GABRIEL MONTAGNIER , ANDRE VARINARD : La Justice et ses institutions . Deuxieme edition . 1988 . Dalloz . P . 870 . N . 13571 ; G . COUCHEZ : Refere et arbitrage . Rev . Arb . 1986 . P . 155 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . Arbitrage . Droit interne . T . 1 . 1988 . N . 177 et .

وانظر أيضا : عبد المنعم الشرقاوى – شرح المرافعات المدنية ، والتجارية – بند ٤٦٢ ، ص ٦٣١ ، أحمد أبـو الوفـا – التحكـيم الإختيارى – مقالة منشورة بمجلة الحقوق – تصدرها كلية الحقوق – جامعة الأسـكندرية – السـنة السادسة – العددان الأول ، والثانى – ١٩٥٢ /١٩٥٤ – بند ٥ ، ص ١٢ ، التحكـيم بالقضاء ، وبالصلح – ص ١١٤ ، عقد التحكيم ، وإجراءاته – الطبعة الأولى – ١٩٧٤ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٤٨ ، ص ١٤١ ، المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الرابعة عشرة – ١٩٨٦ – منشـأة المعـارف بالأسكندرية – ص ٧٥٥ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بـند ٤٨ ص ١٣٥ ، محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات فى ضوء القضاء ، والفقه – الطبعة الثانية – ١٩٧٨ – ص ٧٤٨ ، محمد شوقى شاهين – الشركات المختلطة " طبيعتها ، وأحكامها " – بـند ٣٢١ ، ص ٨٩ ، عز الدين الناصورى ، حامدعكاز – التعليق على نصوص قانون المرافعات – الطـبعة الثالـثة – ١٩٨٥ – طـبعة نادى القضاة بالقاهرة – ص ١٨ ، محمد عبد اللطيف – القضاء المستعجل – ص ١٧ ، مصطفى مجدى هرجة – أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى – ١٩٨٦ – دار الـثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية – بند ٣٧٦ ، ص ٨٥٣ ، أحمد ماهر زغلول – مـراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – طبعة سنة ١٩٩٢ – بند ٣/٤٢ ، ص ٧٨ – الهامش رقم (١٩) ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ١٩٩٣ – بند ٤٤٧ ، ص ٩٢٢ ، أحمد السيد صاوى – الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٩٤ – ص ٣٦٨ ، ٩٢٢ ، عاطف

إصدار أوامر مؤقتة ، أو تحفظية - كالأمر بتعيين حارس على المال المتنازع عليه ، أو سماع شهادة شاهدا مشرفا على الموت ، أو الرحيل - أو غير ذلك من إجراءات ، أو تدابير يكون لها طابع التأقيت ، أو التحفظ ، مالم ينص القانون صراحة على غير ذلك [1]

محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٢٤١ ، ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ١٩٠ .

[2] و هذه هى القاعدة المعتمدة فى القضاء الفرنسى ، أنظر :

Trib . Com . Nantes . 10 Fevr . 1932 . Rec . Gaz . Pal . 1932 . 1 . 553 ;. Com . Aix . 6AVR . 1949 . Rec . Com . Le Havre . 1950 . 2 . 17 ; 3 Juillet . 1951 . R . T . D . C . 1952 . 99 . Obs : HEBRAUD ; Civ . 2e . 4 Dec . 1953 . D . 1954 . 108 ; Com . 4 Nov . 1959 . G . P . 1960 . 1 . 191 ; Trib . Grand . Inst . Seine . 20 Dec . 1962 . d . 1963 . 108 ; 29 Mai . 1978 . Rev . Arb . 1979 . 221 . Note : RUBELLIN - DEVICHI ; Trib . Gr . Inst . Paris . 3 Janv . 1984 . Rev . Arb . 1984 . 329 . Note : BERNARD .

وانظر أيضا : حكم محكمة مصر للأمور المستعجلة - الصادر فى ١٩٥١/١٢/٥ - المحاماه المصرية - ٣٤ ص ٨٥٣ . مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٣٦٨ - الهامش رقم (٤) . وانظر كذلك أحكام القضاء المقارن ، و المشار إليها لدى : محمد عبد اللطيف - القضاء المستعجل - ص ١٧ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٥ - طبعة نادى القضاة بالقاهرة - ص ١٨ ، مصطفى مجدى هرجة - أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى - ١٩٨٦ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية - ص ٨٥٣ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٤٨ ص ١٣٥ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤١٦ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥٢ ، ص ١٥١ .

[1] أنظر : سامية راشد - التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقاهرة ، ومدى خضوعه لأحكام القانون المصرى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٣٩(م) ، ص ١٥١٢ ، محمود محمد هاشم - إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء - دراسة مقارنة - بند ٤٦ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥٢ ، ص ١٠١ .

، أو يــتفق الأطراف المحتكمون صراحة فى شرط التحكيم ، أو مشارطته على أن هيئة التحكــيم تخــتص وحدهــا بــنظر هذه المسائل ، فيكون من الواجب عندئذ إحترام هذا الإتفاق (١) .

فالإتفاق على التحكيم فى عقد من العقود لاينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظر طلب اتخــاذ الإجــراءات ، أو التدابــير الوقتية ، أو التحفظية – **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه** – المتعلقة بتفسير هذا العقد ، أو تنفيذه ، مالم يــنص القــانون صــراحة على غير ذلك ، أو يتفق الأطراف المحتكمون على أن يكون الإختصاص بهذه المسائل المستعجلة لهيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع الموضوعى الأصــلى موضــوع الإتفاق على التحكيم أيضا – وحدها – **دون غيرها** . كما أن الإتفاق علــى التحكــيم لايــنفى اختصـــاص القضاء المستعجل **بنظر الإشكالات الوقتية المتعلقة** بالإجــراءات الاحقــة لصــدور حكم التحكيم **فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – كالإشــكالات المــتعلقة بتنفيذه** (٢) . وبمعنى آخر ، فإن الإتفاق على التحكيم لاينزع عن القضاء العام فى الدولة كامل ولايته بالمسائل محل هذا الإتفاق . **فهو** لايحجب عن القضاء العــام فــى الدولــة **إلا النزاع الموضوعى محل هذا الإتفاق ، وأثره المانع يقتصر على** الحــيلولة دون القضاء العام فى الدولة ومباشرة الحماية القضائية الموضوعية ، بإصدار **أحكامــا قضائية موضوعية تفصل فى موضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم ، فتظل** للقضــاء العــام فــى الدولة **سلطة مباشرة الحماية القضائية المستعجلة ، وإصدار أحكاما** قضائية وقتية ، تحمى الحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية مؤقتا ، للوقت الازم لكى تباشر هيئة التحكيم نشاطها ، وتصدر حكما فى النزاع الموضوعى الأصلى محل الإتفاق علــى التحكــيم (٣) ، فاتخــاذ الإجــراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية – والتى

---

(١) مــع ملاحظة أن القضاء الفرنسى يجيز اختصاص القضاء المستعجل ، ولو وجد نصا صريحا فى شرط التحكيم ، أو مشارطته يجرى على غير ذلك ، إذا وجدت أمورا يخشى عليها من فوات الوقت ، وكان من غير الميسور على هيئة التحكيم أن تفصل فيها على الفور ، أنظر :

Cass . Civ . 21 Juin . 1904 . S . 1906 . 1 . 22 ; G . COUCHEZ : Note sous Cass . Civ . 9Juillet . 1979 . J . C . P . 1980 . 11 . 19389 ; Cass . Civ . 17 Juillet . 1972 . Buill . Civ . 1 . N . 546 . Paris . 20Janv . 1988 . J . D I . 1989 . p . 1032

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى – المقالة المشار إليها – بند ٥ ، ص ١٢

تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه - بشأن المسائل التى تخضـــع للإتفـــاق على التحكيم يدخل فى اختصاص القضاء المستعجل ، لأن هذا الإتفاق يتعلق فقط بموضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم (١) .

أســـانيد الإتجـــاه القائل بأن الإتفاق على التحكيم فى عقد من العقود لاينفى اختصـــاص القضـــاء المســـتعجل بنظر طلب اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية – والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه – المتعلقة بتفسير هذا العقد ، أو تنفيذه ، إلا إذا اتفق الأطـــراف المحـــتكمون على أن يكون الإختصاص بهذه المسائل المستعجلة لهيـــئة التحكـــيم المختارة للفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى موضوع الإتفـــاق على التحكيم أيضا – وحدها – دون غيرها . كما أن الإتفاق على التجكيم لاينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظر الإشكالات الوقتية المتعلقة بالإجـــراءات الاحقـــة لصدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – كالإشكالات المتعلقة بتنفيذه :

أخـــذ أنصار الإتجاه القائل بأن الإتفاق على التحكيم فى عقد من العقود لاينفى اختصاص القضـــاء المســـتعجل بنظر طلب اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية – والـــتى **تقتضـــيها طبـــيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه** – المتعلقة بتفســـير هـــذا العقـــد ، أو تنفـــيذه ، إلا إذا اتفـــق الأطـــراف المحتكمون على أن يكون الإختصاص بهذه المسائل المستعجلة لهيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع الموضوعى الأصـــلى موضـــوع الإتفاق على التحكيم أيضا – **وحدها** – دون غيرها . **كما أن الإتفاق** علـــى التحكـــيم لايـــنفى اختصـــاص القضاء المستعجل **بنظر الإشكالات الوقتية المتعلقة**

---

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – طبعة سنة ١٩٩٢ – بند ٤٢/ ٣ ، ص ٧٨ – الهامش رقم (١٩) .

( ) أنظر : أحمد السيد صاوى – الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٩٤ – ص ٣٦٨ ، ٩٢٢ .

بالإجـــراءات الاحقـــة لصـــدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كالإشكالات المتعلقة بتنفيذه** - يسوقون الحجج المؤيدة لرأيهم ، **أذكر منها مايلى :**

الحجـــة الأولى - الإتفاق على التحكيم لايعدو أن يكون نقلا للنزاع من أمام محكمة الموضوع إلى هيئة التحكيم ، وإذا كان رفع الدعوى القضائية أمام محكمة الموضوع لايمنع اختصاص القضاء المستعجل بنظر الأمور الوقتية ، فـــإن الأمـــر كذلـــك يكون بالنسبة لنظام التحكيم . خصوصا ، وأن الحكم القضـــائى المســـتعجل ، أو الوقـــتى ليس له حجية أمام هيئة التحكيم عند تحقيقه ، والفصل فيه :

الإتفـــاق علـــى التحكيم لايعدو أن يكون نقلا للنزاع من أمام محكمة الموضوع إلى هيئة التحكيم ، وإذا كان رفع الدعوى القضائية أمام محكمة الموضوع لايمنع اختصاص القضاء المستعجل بنظر الأمور الوقتية ، فإن الأمر كذلك يكون بالنسبة لنظام التحكيم . خصوصا ، وأن الحكم القضائى المستعجل ، أو الوقتى ليس له حجية أمام هيئة التحكيم عند تحقيقه ، والفصل فيه [(1)] .

الحجة الثانية - يأبى الذوق السليم أن يقف القضاء المستعجل مكتوف اليدين أمام خطر داهـــم ، يســـتوجب اتخـــاذ إجراء ، أو تدبير وقتي ، أو تحفظى عاجل - **تقتضيه طبيعة الـــنزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه** - لحفظ حقوق الأطراف المحتكمين ، فالإتفاق على التحكيم لاينزع عن القضاء العام فى الدولة كامل ولايته بالمسائل محل هذا الإتفـــاق . فهـــو لايحجـــب عن القضاء العام فى الدولة إلا النزاع الموضوعى محل هذا الإتفاق ، وأثره المانع يقتصر على الحيلولة دون القضاء العام فى الدولة ومباشرة الحماية القضـــائية الموضـــوعية ، بإصدار أحكاما قضائية موضوعية تفصل فى موضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم ، فتظل للقضاء العام فى الدولة سلطة مباشرة الحماية القضائية المســـتعجلة ، وإصـــدار أحكامـــا قضـــائية وقتـــية ، تحمى الحقوق ، والمراكز القانونية

---

(1) أنظر : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٨ ، مصطفى مجدى هرجة - أحكام ، وآراء فى القضاء المســـتعجل ، والتنفيذ الوقتى - ١٩٨٦ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية - بند ٣٧٦ ، ص ٨٥٣

الموضـــوعية مؤقـــتا ، للوقت الازم لكى تباشر هيئة التحكيم نشاطها ، وتصدر حكما فى الـــنزاع الموضـــوعى الأصـــلى محل الإتفاق على التحكيم [1] . فاتخاذ الإجراءات ، أو التدابـــير الوقتـــية ، أو التحفظـــية – **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكـــيم ، للفصـــل فـــيه** – بشـــأن المسائل التى تخضع للإتفاق على التحكيم يدخل فى اختصـــاص القضاء المستعجل ، لأن هذا الإتفاق يتعلق فقط بموضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم .

الحجـــة الثالثة – مناط اختصاص القضاء المستعجل يقوم بصفة عامة على توافـــر الخطـــر ، وعـــدم المســـاس بأصـــل الحـــق ، أو المركز القانونى الموضـــوعى ، فـــإذا ماتوافـــر هذان الشرطان ، أصبح من واجب القضاء المســـتعجل أن يأمـــر باتخـــاذ مايـــراه من تدابير ، أو إجراءت وقتية ، أو تحفظـــية – والـــتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصـــل فـــيه – تكـــون لازمـــة للمحافظة على حقوق ، ومراكز الأطراف المحتكمين الموضوعية :

مـــناط اختصاص القضاء المستعجل يقوم بصفة عامة على توافر الخطر ، وعدم المساس بأصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، فإذا ماتوافر هذان الشرطان ، أصبح من واجـــب القضـــاء المســـتعجل أن يأمر باتخاذ مايراه من تدابير ، أو إجراءت وقتية ، أو تحفظـــية – **والـــتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه** – تكون لازمة للمحافظة على حقوق ، ومراكز الأطراف المحتكمين الموضوعية .

والحجـــة الرابعة ، والأخيرة – أن هناك بعض العقبات المادية ، والقانونية تحـــول دون هيئة التحكيم واتخاذ بعضا من الإجراءات ، والتدابير الوقتية ، أو التحفظية – والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه – وتبرر الإبقاء علي سلطة القضاء المستعجل فى هذا الشأن :

---

[1] أنظر : أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – طبعة سنة ١٩٩٢ – بند ٤٢/ ٣ ، ص ٧٨ – الهامش رقم (١٩) .

هــناك بعــض العقــبات الماديــة ، والقانونية تحول دون هيئة التحكيم واتخاذ بعضا من الإجــراءات ، والتدابير الوقتية ، أو التحفظية – **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض علــى هيئة التحكيم ، للفصل فيه** – وتبرر الإبقاء على سلطة القضاء المستعجل فى هذا الشأن ، **وهذه العقبات هى :**

العقــبة الأولى – أن هيئة التحكيم لاتعقد جلساتها بصورة دائمة وإنما قد تجــتمع على فترات متقاربة ، أو متباعدة . ومن ثم ، قد يجد من الأحداث مايــبرر اتخاذ إجراء ، أو تدبير وقتى ، أو تحفظى ، تقتضية طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، فى غير أوقات انعقادها ، ويصعب اجتماع أعضائها بالسرعة الكافية ، لاتخاذه :

إذا كانت هيئة التحكيم لاتعقد جلساتها بصورة دائمة وإنما قد تجتمع على فترات متقاربة ، أو متباعدة ، فإنه قد يجد من الأحداث مايبرر اتخاذ إجراء ، أو تدبير وقتى ، أو تحفظى ، تقتضــية طبــيعة الــنزاع المعــروض عليها ، للفصل فيه ، فى غير أوقات انعقادها ، ويصعب اجتماع أعضائها بالسرعة الكافية ، لاتخاذه .

العقبة الثانية – أن هيئة التحكيم تلتزم بسماع أقوال الخصوم بشأن الإجراء أو التدبــير الوقتى ، أو التحفظى – والذى تقتضيه طبيعة النزاع المعروض علــيها ، للفصل فيه – المزمع اتخاذه ، مما لايتوافق فى كثير من الأحيان مع طبيعة الإجراءات ، والتدابير الوقتية ، أوالتحفظية :

إذا كانت هيئة التحكيم تلتزم بسماع أقوال الخصوم بشأن الإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو الــتحفظى – **والذى تقتضيه طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه** – المــزمع اتخــاذه ، فــإن هــذا قد لايتوافق فى كثير من الأحيان مع طبيعة الإجراءات ، والتدابــير الوقتــية ، أوالتحفظية ، والتى لايكفى لاتخاذها توافر عنصر السرعة ، وإنما تحــتاج أحــيانا إلــى عنصر المفاجأة ، وانتظار إعلان الخصم الآخر ، وسماع أقواله قد يضــيع الفرصــة من اتخاذ الإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى – **والذى تقتضيه طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه** – وقد يعطى للخصم سيئ النية الفرصة لتعطيل اتخاذه .

العقبة الثالثة – أن الأصل الإتفاقى لمهمة هيئة التحكيم يقيد كثيرا من سلطاتها . وبصفة خاصة ، تجاه الغير :

يقيد الأصل الإتفاقى لمهمة هيئة التحكيم كثيرا من سلطاتها . وبصفة خاصة ، تجاه الغير ، والذى لايجبر على المشاركة فى إجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية – **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه** – تعد غريبة عليه ، وهو مايجعل سلطات هيئة التحكيم فى اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية – **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه** – عديمة الأثر من الناحية العملية .

والعقبة الرابعة ، والأخيرة – أن هيئة التحكيم وإن كانت تملك سلطة القضاء فى النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، إلا أنها لاتملك سلطة تنفيذ حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

إن كانت هيئة التحكيم تملك سلطة القضاء فى النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، إلا أنها لاتملك سلطة تنفيذ حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **سواء كان صادرا فى الموضوع ، أم كان صادرا فى شأن إجراء ، أو تدبير وقتى ، أو تحفظى ، تقتضيه طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه** – مما سيدفع الأطراف المحتكمون فى النهاية للإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، لاستصدار أمر بتنفيذ الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم ، بشأن الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية – **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه** – فيكون من الأفضل الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة منذ البداية .

الإتجـــاه الـــثانى - الإتفـــاق على التحكيم - ومتى توافرت شروطه ، طبقا لنصـــوص القـــانون المـــنظمة للتحكـــيم - يمنع كل من القضاء العادى ، والقضـــاء المستعجل من نظر أية دعوى قضائية متعلقة به - سواء كانت عن موضوع النزاع محل التحكيم ، أم كانت بخصوص إجراءات ، أو تدابير وقتـــية ، أو تحفظية - والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكـــيم ، للفصـــل فـــيه ، إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون صراحة على العدول عن التحكيم :

يـــرى أنصـــار هـــذا الإتجـــاه أن الإتفاق على التحكيم - ومتى توافرت شروطه ، طبقا لنصوص القانون - يمنع كل من القضاء العادى ، والقضاء المستعجل من نظر أية دعوى قضـــائية مـــتعلقة بـــه - سواء كانت عن الموضوع ، أم كانت بخصوص إجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية - والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه ، إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون صراحة على العدول عن التحكيم [1] .

---

(١) أنظر :

Repertoire De Droit Procedure Civile . 1955 . T . 111 . P . 709 . N . 33 ; ALFRED BERNARD : L'arbitrage volontaire . 1937 . Bruxelles . N . 109 . P . 66 ; H . GAUDEMENT – TALLON : Note sous Cass . Civ . 6 Mars . 1990 . Rev . Arb . 1990 . P . 646 et 647 ; E . LOQUIN : J . CI . Proc . CIV . Fasc . 1034 . N . 23 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 30 . P 256 .

وانظر أيضا :

Orleans . 16 Juin . 1983 . J . C. P . 1984 . 11 . 20130 . Note : N . S ; Cass . Civ . 14 Mars . 1984 . Rev . Arb . 1985 . 69 ; Paris . 22 Oct . 1985 . D . 1986 . IR . 66 ; Cass . Civ . 6 Mars . 1990 . Rev . Arb . 1990 . 633 .

وانظر أيضا : محمد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب - قضاء الأمور المستعجلة - الطبعة السادسة - بند ٥٠ ، ص ١٠٠ ، ومابعدها ، نبيل إسماعيل عمر - المرافعات المدنية ، والتجارية - الطـــبعة الأولى - ١٩٨٦ - منشـــأة المعارف بالأسكندرية - ص ٦٥١ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٤/٨١ ، ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٤٢١ ، ص ٤١٦ .

فيترتب علـى الإتفاق على التحكيم إلتزام الأطراف المحتكمون باتباع طريق التحكيم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولايجوز أن ترفع الدعوى القضائية عن هـذا الـنزاع أمام القضاء العام فى الدولة ، وللطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم إذا مارفعـت علـيه الدعوى القضائية عن النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أمام القضاء العـام فـى الدولـة أن يدفعهـا بوجود الإتفاق على التحكيم . ولايجوز لأحد الأطراف المحتكمين – ومع وجود الإتفاق على التحكيم – الإلتجاء إلى القضاء العادى ، للفصل في نقطـة متنازعا عليها ، وداخلة فى نطاق الإتفاق على التحكيم ، بحجة توافر الإستعجال . ويمكـن قبول دعوى إثبات الحالة مع وجود شرط التحكيم ، إذا قبل الخصم ذلك . أما إذا دفـع بعـدم قـبولها ، وتمسـك بوجـود الإتفـاق على التحكيم ، فإنه ينبغى الحكم بعدم قبولها (١) .

ولاتختص هيئة التحكيم بالطلبات الوقتية ، أوالتحفظية المتعلقة بالنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بعد تشكيلها فى حالتين ، وهما (٢) :

الحالة الأولى : أن ينطوى الإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى المطلوب اتخاذه – والذى تقتضيه طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه – على سلطة الجبر ، ويرفض الطرف المحتكم ، أو الغير الذى اتخذ ضده الإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى تنفيذه طواعية .

والحالة الثانية : أن يكون الإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى المطلوب اتخاذه – والـذى تقتضـيه طبـيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه – سيتم اتخـاذه فـى دولة غير الدولة التى تعقد فيها هيئة التحكيم جلساتها ، حتى ولو لم ينطو الإجراء ، أو التدبيرالمطلوب اتخاذه على سلطة الجبر .

---

(١) أنظـر : أسـامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤١٦ – الهامش رقم (٢) .

(٢) أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٤٢١ ، ص ٤١٦ .

أســانيد الإتجاه القائل بأن الإتفاق على التحكيم - ومتى توافرت شروطه ، طــبقا لنصـــوص القانون المنظمة للتحكيم - يمنع كل من القضاء العادى ، والقضـــاء المستعجل من نظر أية دعوى قضائية متعلقة به - سواء كانت عن موضوع النزاع محل التحكيم ، أم كانت بخصوص إجراءات ، أو تدابير وقتــية ، أو تحفظية - والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض غلى هيئة التحكــيم ، للفصـــل فـــيه ، إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون صراحة على العدول عن التحكيم :

يســتند أنصـــار الإتجاه القائل بأن الإتفاق على التحكيم - **ومتى توافرت شروطه ، طبقا لنصــوص القانون المنظمة للتحكيم** - يمنع كل من القضاء العادى ، والقضاء المستعجل من نظر أية دعوى قضائية متعلقة به - **سواء كانت عن موضوع النزاع محل التحكيم ، أم كانـــت بخصـــوص إجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية ، والتى تقتضيها طبيعة الـــنزاع المعـــروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه** - إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون صـــراحة على العدول عن التحكيم فى تأييد وجهة نظرهم إلى العديد من الحجج ، **أذكر منها مايلى :**

الحجة الأولى - أن هيئة التحكيم تكون هى الأقدر على تقدير مدى ملاءمة إتخاذ مثل الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية - والتى تقتضيها طبــيعة الـــنزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، فضلا عمايحققه ذلك من الإقتصاد فى النفقات ، وتوفيرا فى الوقت ، وتوحيدا لجهة الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

تكـــون هيـــئة التحكيم **هى الأقدر** على تقدير مدى ملاءمة إتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتـــية ، أو التحفظـــية - **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصـــل فـــيه** - فإذا كانت تملك الفصل النهائى فى موضوع النزاع محل التحكيم ، فإنه يمكـــنها - **ومن باب أولى** - إتخاذ إجراءات وقتية ، أو تحفظية ، تقتضيها طبيعة النزاع المعـــروض علـــيها ، للفصـــل فيه ، ولاتمس هذا الموضوع . فضلا عمايحققه ذلك من الإقتصـــاد فـــى النفقات ، وتوفيرا فى الوقت ، وتوحيدا لجهة الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

الحجـة الثانيـة – أن فلسفة نظام التحكيم تسمح بالقول بأن الإتفاق على التحكيم – ومتى توافرت شروطه ، طبقا لنصوص القانون المنظمة للتحكيم – يمنـع كـل من القضاء العادى ، والقضاء المستعجل من نظر أية دعوى قضـائية مـتعلقة به – سواء كانت عن موضوع النزاع محل التحكيم ، أم كانت بخصوص إجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية – والتى تقتضيها طبيعة الـنزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه – إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون صراحة على العدول عن التحكيم :

تسـمح فلسـفة نظام التحكيم بالقول بأن الإتفاق على التحكيم – **ومتى توافرت شروطه ، طـبقا لنصـوص القـانون المـنظمة للتحكيم** – يمنع كل من القضاء العادى ، **والقضاء** المستعجل من نظر أية دعوى قضائية متعلقة به – **سواء كانت عن موضوع النزاع محل التحكـيم ، أم كانت بخصوص إجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية ، والتى تقتضيها طبـيعة الـنزاع المعـروض علـى هيئة التحكيم ، للفصل فيه** – إلا إذا اتفق الأطراف المحـتكمون صراحة على العدول عن التحكيم ، فالأطراف المحتكمين قد اختاروا طريق التحكيم بإراداتهم ، وارتضوا به بديلا عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة . ومن ثم فـإنهم لـن يمتـنعوا عن تنفيذ ماتتخذه هيئة التحكيم من إجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية ، تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه .

الحجـة الثالـثة ، والأخـيرة – أن الإتفاق على التحكيم إذا كان يؤدى إلى خـروج النزاع الموضوعى من الإختصاص الوظيفى للقضاء العادى ، فإن شـقه المسـتعجل هـو الآخـر يخرج من اختصاص القضاء المستعجل ، بحسبانه جزء من جهة القضاء العادى ، والفرع يتبع الأصل :

إذا كـان الإتفـاق علـى التحكيم يؤدى إلى خروج النزاع الموضوعى من الإختصاص الوظـيفى للقضـاء العادى ، فإن شقه المستعجل هو الأخر يخرج من اختصاص القضاء المسـتعجل ، بحسـبانه جـزء مـن جهـة القضـاء العـادى ، والفـرع يتـبع الأصل (١) ، ويكون الأمر كذلك ، إلا إذا قبل الأطراف الآخرون فى الإتفاق على التحكيم

- **ومـــع وجود شرط التحكيم ، أو مشارطته** - **الإلتجاء إلى** القضاء العادى ، للفصل فى نقطة متنازعا عليها ، وداخلة فى نطاق الإتفاق على التحكيم ، بحجة توافر الإستعجال [1]

الحل المختار :

إذا نص فى الإتفاق على التحكيم صراحة على أن التحكيم يشمل المنازعات الموضوعية ، والمنازعات المستعجلة ، فإنه يكون من الواجب إحترام هذا الشرط :

إذا نص فى الإتفاق على التحكيم صراحة على أن التحكيم يشمل المنازعات الموضوعية ، والمنازعات المستعجلة ، فإنه يكون من الواجب إحترام هذا الشرط .

فـــى حالـــة الإتفـــاق الصـــريح على اختصاص هيئة التحكيم بنظر المسائل المســـتعجلة الـــتى يخشى عليها من فوات الوقت ، فإن القضاء المستعجل يختص بنظر تلك المنازعات ، إذا كان من غير الميسور على هيئة التحكيم أن تفصل فيها على الفور :

فـــى حالـــة الإتفاق الصريح على اختصاص هيئة التحكيم بنظر المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت ، فإن القضاء المستعجل يختص بنظر تلك المنازعات ، إذا كـــان مـــن غـــير الميســـور على هيئة التحكيم أن تفصل فيها على الفور ، لسبب يتصل بتشكيلها مثلا ، أو لأى سبب جدى آخر .

---

(١) أنظـــر : محمـــد عـــلى راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب - قضاء الأمور المســـتعجلة - ص ١٠٠ ، ومابعدهـــا ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤١٨ .

(١) أنظـــر : إســـتئناف مخـــتلط - ١٩٣٣/١/٤ - الجازيت - ١٠فبراير سنة ١٩١٣ - ص ٦٢ - رقم (٧٨) . مشـــارا لهـــذا الحكم لدى : أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤١٦ - الهامش رقم (٢) .

إذا اتفــق الأطراف المحتكمون على منع اختصاص القاضى المستعجل بنظر المســائل المستعجلة المتعلقة بموضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم ، فــإن هــذا المــنع لاينفى إختصاص القاضى المستعجل باتخاذ الإجراءات ، والتدابــير الوقتــية ، أو التحفظــية المتعلقة بالنزاع موضوع الإتفاق على التحكــيم – والــتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصــل فيه – إذا كان هناك خطرا داهما لايجدى لتفاديه الإلتجاء إلى هيئة التحكيم ، أو لم يكن من الميسور الإلتجاء إليها :

إذا اتفــق الأطــراف المحــتكمون على منع اختصاص القاضى المستعجل بنظر المسائل المســتعجلة المــتعلقة بموضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم ، **فإن هذا المنع لاينفى** إختصاص القاضى المستعجل باتخاذ الإجراءات ، والتدابير الوقتية ، **أو التحفظية المتعلقة** بالــنزاع موضــوع الإتفاق على التحكيم – **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه** – إذا كان هناك خطرا داهما لايجدى لتفاديه الإلتجاء إلى هيئة التحكيم ، أو كان من غير الميسور الإلتجاء إليها ، باعتبار أن نظام القضاء المستعجل هو مــن الضــمانات الجوهرية لحماية مصالح الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، والمتعلقة بالنظام العام .

الإتفــاق على التحكيم لاينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظر طلب اتخاذ الإجــراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية المتعلقة بموضوع النزاع محــل الإتفاق على التحكيم – والتى تقتضيها طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه – سواء كان النزاع على أصل الحق ، أو المركز القــانونى الموضوعى مرفوعا أمام هيئة التحكيم ، أو لم يكن قد رفع إليها بعد :

لايــنفى الإتفاق على التحكيم إختصاص القضاء المستعجل بنظر طلب اتخاذ الإجراءات ، أو التدابــير الوقتية ، أو التحفظية المتعلقة بموضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم – والتى تقتضيها طبيعة النزاع المراد عرضه على هيئة التحكيم ، للفصل فيه – سواء كان النزاع على أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى مرفوعا أمام هيئة التحكيم ، أو لــم يكن قد رفع إليها بعد ، ذلك أنه قد يحدث عملا أن يثار النزاع موضوع الإتفاق على

التحكـــيم قـــبل أن يلجـــأ أى من أطرافه إلى اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظـــية المـــتعلقة بموضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم – **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المراد عرضه على هيئة التحكيم ، للفصل فيه** – وقد يتطلب الأمر إلتجاء أطراف الـــنزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم إلى القضاء المستعجل ، لإثبات حالة الشئ محل الـــنزاع ، أو فـــرض حراسة قضائية عليه ، تلافيا لأضرار محدقة به . وعندئذ ، يكون القضــــاء المستعجل مختصا باتخاذ الإجراءات ، والتدابير الوقتية ، أو التحفظية – **والتى تقتضـــيها طبـــيعة الـــنزاع المراد عرضه على هيئة التحكيم ، للفصل فيه** – والتى يلزم اتخاذها على وجه السرعة ، طالما أنها لاتمس أصل النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولاتؤثـــر على قضاء المحاكم فيه . كما أن الأحكام القضائية المتعلقة بالإجراءات ، أو التدابـــير الوقتية ، أو التحفظية – **والتى تقتضيها طبيعة النزاع المراد عرضه على هيئة التحكـــيم ، للفصـــل فـــيه** – تعتبر من قبيل الأحكام القضائية الوقتية ، ولاحجية لها عند الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والذى تختص هيئة التحكيم بالفصل فيه وحدها .

الفصل السابع

إلتزام هيئة التحكيم بحدود ولايتها الإستثنائية

إذا كانـت ولايـة هيـئة التحكيم إنما تكون قاصرة على النزاع المحدد فى الإتفـاق علـى التحكيم – دون غيره – فإنها تلتزم – وعند الفصل فيه – بحدود تلك الولاية الإستثنائية :

إذا كانت ولاية هيئة التحكيم إنما تكون قاصرة على النزاع المحدد فى الإتفاق على التحكيم – **دون غـيره** – فإنها تلتزم – **وعند الفصل فيه** – بحدود تلك الولاية الإستثنائية ، فإن خرجـت عليها ، كان حكم التحكيم الصادر منها عندئـذ باطلا ، إعمالا لنص المادتين (٣/١٤٨٤) مـن مجموعـة المـرافعات الفرنسية – **لأنها فصلت فى النزاع موضوع الإتفـاق على التحكيم دون أن تلتزم بحدود المهمة التى أسندت إليها** – (١/٥٣ – و) مـن القـانون الوضـعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – **لأنها فصلت فى مسألة لايشملها الإتفاق على التحكيم** ، أو جاوزت حـدود هـذا الإتفاق – وبالتالى ، يمكن معرفة ماإذا كانت قد تجاوزت حدود ولايتها ، أم لا [1] .

وقـد قضـت محكمـة إستئناف باريس بأنه : " **يتضح من نص المادة (١٠٠٦) من مجموعـة المرافعات الفرنسية السابقة أن موضوع النزاع المطروح على هيئة التحكيم يجـب أن يكـون محـددا بدقة فى مشارطة التحكيم ، وتقتصر سلطة هيئة التحكيم على الفصـل فـى المـنازعات الـواردة فى تلك المشارطة . ومن ثم ، لايمكنها الفصل فى مـنازعات لاحقـة ، أو تالية ، حتى ولو كان من المحتمل وقوعها ، طالما أنها لم تكن محـلا للإتفاق الصريح بين الأطراف المحتكمين ، ولكن من الجائز للأطراف المحتكمين الإتفاق على منح هيئة التحكيم سلطة الفصل فى الطلبات الإضافية ، وهذا الإتفاق يشكل من جانبهم مشارطة تحكيم جديدة** " [2] .

---

(١) أنظر : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١٣٦٥ ، ص ٨٣٠ .

(٢) أنظر :

Paris . 30 Mars . 1962 . J . C . P . 1962 . 11 . 12843 .

التحكـــيم هــو طــريقا إستثنائيا للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، تستمد فيه هيئة التحكيم ولايتها فى الفصل فيما قضت فيه من إرادة الأطراف المحتكمين :

التحكـــيم هو طريقا إستثنائيا للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقـــررة للقضاء العام فى الدولة ، تستمد فيه هيئة التحكيم ولايتها فى الفصل فيما قضت فيه من إرادة الأطراف المحتكمين .

لمـــا كان الأصل فى التقاضى أن يكون أمام المحاكم التى نظمها القانون ، وفرض ولايتها على الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، وكان نظام التحكيم إســـتثناء من هذا الأصل العام فى التقاضى ، وخروجا على طرق التقاضى العاديـــة ، وماتكفلـــه من ضمانات ، فإنه ينبنى على ذلك ، أن ولاية هيئة التحكيم تقتصر على ماانصرفت إرادة الأطراف المحتكمين إلى عرضه عليها ، للفصـــل فـــيه ، ولايجوز التوسع فى تحديد هذه الولاية - شأنها فى ذلك شأن كل استثناء على القواعد العامة ، وكل خروج على الأوضاع العادية :

لمـــا كان الأصل فى التقاضى أن يكون أمام المحاكم التى نظمها القانون ، وفرض ولايتها على الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، وكان نظام التحكيم إستثناء من هذا الأصل العام فى التقاضى ، وخروجا على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات ، فإنه ينبنى على ذلك ، أن ولاية هيئة التحكيم تقتصر على ماانصرفت إرادة الأطراف المحتكمين إلى عرضـــه علـــيها ، للفصل فيه ، ولايجوز التوسع فى تحديد هذه الولاية - **شأنها فى ذلك شأن كل استثناء على القواعد العامة ، وكل خروج على الأوضاع العادية .**

لايكون لهيئة التحكيم سلطة إلا فى نظر النزاع الناشئ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد المتضمن شرط التحكيم ، أو ذلك النزاع المحدد فى مشارطة التحكيم :

لايكـــون لهيـــئة التحكـــيم ســـلطة إلا فى نظر النزاع الناشئ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد المتضـــمن شـــرط التحكيم ، أو ذلك النزاع المحدد فى مشارطة التحكيم ، بحيث إذا ثار النزاع بين أطراف الإتفاق على التحكيم حول أمر لايدخل فى نطاقه ، وجب طرحه على المحاكم العادية .

تلتزم هيئة التحكيم وهى بصدد الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بحدوده ، بحيث لايجوز لها أن تتعداه ، بالفصل فى مسائل أخرى ، غير معروضة عليها من قبل أطراف الإتفاق على التحكيم :

تلتزم هيئة التحكيم وهى بصدد الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بحدوده ، بحيث لايجوز لها أن تتعداه ، بالفصل فى مسائل أخرى ، غير معروضة عليها من قبل أطراف الإتفاق على التحكيم ، وتفويض هيئة التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين لايعفيها من احترام حدود النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] .

إذا كانت ولاية هيئة التحكيم إنما تكون قاصرة على النزاع المحدد فى الإتفاق على التحكيم - دون غيره - فإنها تلتزم بحدود تلك الولاية الإستثنائية ، فإن خرجت عليها ، كان حكم التحكيم الصادر منها عندئذ باطلا :

إذا كانت ولاية هيئة التحكيم إنما تكون قاصرة على النزاع المحدد فى الإتفاق على التحكيم - دون غيره - فإنها تلتزم بحدود تلك الولاية الإستثنائية ، فإن خرجت عليها ، كان حكم التحكيم الصادر منها عندئذ باطلا ، إعمالا لنص المادتين (١٤٨٤/٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية - **لأنها فصلت فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** ، دون أن

---

(١) أنظر :

BARBERY : L'arbitrage dans les societes de commerce , Rev . Arb , P . 151 et s ; ERIC - LOQUIN : Juris - Classeur , Procedure Civile , Fasc . 1038 , N . 98 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 40 .

وانظر أيضا : محمد كمال أبو الخير - قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم - الطبعة الرابعة - ١٩٥٨ - الناشر محمد خليل بالقاهرة - ص ١٠٤٩ ، صلاح الدين بيومى - قواعد قاضى التنفيذ - ١٩٧٤ - مطبعة حسان بالقاهرة - بند ٣٧٥ ، ص ١٦٢ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٥ ، محمود محمد هاشم - إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء - ١٩٨٦ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٢/٥ . ص ١٣٧ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية والإختصاص القضائى - ص ٢٠٧ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٣٣٣ . ص ٤٢٨

تلـــتزم **بحدود المهمة التى أسندت إليها** - (١/٥٣ - و) من القانون الوضعى المصرى رقــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - **لأنها فصلت فى مسألة لايشملها الإتفاق على التحكيم ، أو جاوزت حدود هذا الإتفاق** .

لاتملــك هيــئة التحكــيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكــيم الفصل فيما لم يقبل الأطراف المحتكمون - صراحة ، أو ضمنا - تحكيمها فيه :

لاتملك هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الفصل فيما لم يقبل الأطراف المحتكمون - **صراحة** ، **أو ضمنا** - تحكيمها فيه - **كما إذا طرح أحدهم النزاع عليها ، وصدر من الأطراف المحتكمين الآخرين مايفيد قبولهم التحكيم فى شأنه " القبول الضمنى بنظام التحكيم "** - بحيث لايجوز قبول أية نزاع أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصـــل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مالم يكن من بين مايدخل فى نطاق مـــااتفق بصـــدده على التحكيم ، أى يكون داخلا فى نطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكـــيم ، **أو** أصـــبحت كذلـــك ، باتفاق لاحق - **صريحا** ، **أو ضمنيا** - بين الأطراف المحتكميـــن ، وما ذلك إلا تطبيقا لانحصار ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع **موضـــوع الإتفـــاق علـــى التحكـــيم فى النزاع محل التحكيم** ، بحيث يكون حكم التحكيم الصادر منها خارج هذا النطاق باطلا [١] .

---

(١) فى دراسة أحكام جزاء تجاوز هيئة التحكيم لحدود مهمتها ، أنظر :

Paris . 3 Mars . 1992 , Rev . Arb , 1993 , 107 .

وانظـــر أيضـــا : عزمى عبد الفتاح - قانون التحكيم الكويتى - ص ٢٥٩ ، ٢٦٢ ، على بركات - خصـــومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٠٥ ، ص ٣٠٠ ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٨٣ ، ومابعدها .

وفى بـــيان أحكـــام الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى حالة خروج هيئة التحكيم على حدود الإتفاق على التحكيم " المواد (١٠٢٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، (٣/١٤٨٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالـــية ، والصـــادرة بالمرســـوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا ، (١/٥١٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم

إذا كان الإتفاق على التحكيم يتضمن خروجا على الطريق الأصلى للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة – وهو القضاء العام فى الدولة – فإنه يجب أن ينصرف شرط التحكيم إلى النزاع المنصوص عليه فيه ، أو فى العقد الأصلى الذى يتضمنه :

إذا كان الإتفاق على التحكيم يتضمن خروجا على الطريق الأصلى للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة – **وهو القضاء العام فى الدولة – فإنه يجب** أن ينصرف شرط التحكيم إلى **النزاع المنصوص عليه فيه ، أو فى العقد** الأصلى الذى يتضمنه .

إذا ورد بشرط التحكيم أن كل المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد تحال إلى التحكيم ، فإن ذلك يعنى أن اختصاص هيئة التحكيم إنما ينحصر فيما ينشأ بين الأطراف ذوى الشأن من منازعات متعلقة بتنفيذ العقد . أما غير ذلك من المنازعات ، فلاتدخل فى اختصاصها :

إذا ورد بشرط التحكيم أن كل المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد تحال إلى التحكيم ، فإن ذلك **يعنى أن اختصاص هيئة التحكيم إنما ينحصر فيما ينشأ بين الأطراف ذوى الشأن من** منازعات متعلقة بتنفيذ العقد . أما غير ذلك من المنازعات ، فلاتدخل فى اختصاصها .

ذات الحل ينطبق بالنسبة لمشارطة التحكيم . بمعنى ، أنه يجب على هيئة التحكيم أن تلتزم بحدود النزاع المتفق على تحكيمها فيه ، بواسطة أطراف الإتفاق على التحكيم ، ولايجوز عندئذ إطلاق القول بأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع :

فى المواد المدنية ، والتجارية ، (١/٥٣/و) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " ، أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٣٢٧ ، ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته – الرقابة على أعمال المحكمين – ص ٣١٩ ، ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٣٥٧ ، ومابعدها .

ذات الحل ينطبق بالنسبة لمشارطة التحكيم . بمعنى ، أنه يجب على هيئة التحكيم أن تلتزم بحدود النزاع المتفق على تحكيمها فيه ، بواسطة أطراف الإتفاق على التحكيم ، ولايجوز عندئذٍ إطلاق القول بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع ، لأن التحكيم هو طريقا إستثنائيا للفصل في المنازعات التي تدخل أصلا في الولاية القضائية المقررة للقضاء العام في الدولة ، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية ، وماتكفله من ضمانات ، فهو يكون مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم [١] .

تفويض هيئة التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين ، لايعفيها من احترام موضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم :

تفويض هيئة التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين ، لايعفيها من احترام موضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم [٢] .

---

[١] أنظر : نقض مدني مصري – جلسة ١٩٧٨/٢/١٥ – مجموعة المكتب الفني – السنة (٢٩) ق – الطعن رقم (٥٢١) – السنة (٤٤) ق – ص ٤٧٢ . مشارا لهذا لدى : محمد محمود إبراهيم / مصطفى كيرة – أصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضائي – ١٩٨٣ – دار الفكر العربي بالقاهرة – ص ٨٥٠ .

(٢) أنظر : محمد كمال أبو الخير – قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم – الطبعة الرابعة – ١٩٥٨ – الناشر محمد مخليل بالقاهرة – ص ١٠٤٩ ، صلاح الدين بيومي – قواعد قاضي التنفيذ – ١٩٧٤ – مطبعة حسان بالقاهرة – بند ٣٧٥ ، ص ١٦٢ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختياري ، والإجباري – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٥ ، محمود محمد هاشم – إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء – ١٩٨٦ – دار الفكر العربي بالقاهرة – بند ٢/٥ ، ص ١٣٧ ، أحمد محمد مليجي موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائي – ص ٢٠٧ ، أسامة الشناوي – المحاكم الخاصة في مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤٢٨ ، ص ٣٣٣ .

وانظر أيضا :

Cass . Civ . 5 Juin . 1973 . Rev . Arb . 1974 . 11 .

الفصل الثامن

النطاق المحدد للطلبات العارضة فى خصومة التحكيم [1]

النطاق المحدد للطلبات العارضة أمام المحاكم :

يجـوز للمدعـى أن يـبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة موجهـة إلـى المدعـى علـيه ، وتعرف هذه الطلبات القضائية بالطلبات القضائية الإضافية Demandes additionnelles :

يجـوز للمدعـى أن يـبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة موجهة إلى المدعى عليه ، وتعرف هذه الطلبات القضائية بالطلبات القضائية الإضافية **Demandes additionnelles** - **سـواء ماكان منها لايتطلب لقبولها إستئذان المحكمة المرفوعة إلـيها الدعـوى القضـائية ، للفصـل فيها " المادة (٤/١٢٤) من قانون المرافعات المصـرى " ، أو ماكـان منها يتطلب لقبولها إذنا منها " المادة (٥/١٢٤) من قانون المرافعات المصرى " .**

يجوز للمدعى عليه أن يبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة ، موجهة إلى المدعى فى الدعوى القضائية ، وتعرف هذه الطلبات القضائية بدعـاوى المدعـى علـيه ، أو الطلبات القضائية المقابلة Demandes reconventionnelles :

يجوز للمدعى عليه أن يبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة ، موجهة إلى المدعى فى الدعوى القضائية ، وتعرف هذه الطلبات القضائية بدعاوى المدعى عليه ، أو

---

[1] فى بـيان النطاق المحدد للطلبات العارضة فى خصومة التحكيم ، أنظر : بشندى عبد العظيم - حماية الغـير فى قـانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩٠ - ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمـين - ص ١٢٣ ، ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إلـيها - بند ٢١ ، ص ٥٧ ، ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٧٩ ، ومايليه ، ص ٢٧٣ ، ومابعدها

الطلبات القضائية المقابلة **Demandes reconventionnelles** - **سواء ماكان منها لايتطلب لقبولها إذنا من المحكمة المرفوعة إليها الدعوى القضائية للفصل فيها " المادة (١٢٥) مـــن قانون المرافعات المصرى ، فى فقراتها الثلاث " ، أو ماكان منها يتطلب لقبولها إذنا منها " المادة (١٢٥/٤) من قانون المرافعات المصرى "** .

يجوز لكل من المدعى ، والمدعى عليه فى الدعوى القضائية أن يبدى أمام محكمـــة أول درجـــة طلبات قضائية عارضة ، موجهة إلى الغير ، ممن لم يختصـــم أصـــلا فـــى الدعـــوى القضائية ، وتسمى هذه الطلبات القضائية العارضـــة - ســـواء قدمت من المدعى ، أو من المدعى عليه فى الدعوى القضائية - " إختصام الغير " :

يجـــوز لكل من المدعى ، والمدعى عليه فى الدعوى القضائية أن يبدى أمام محكمة أول درجـــة طلبات قضائية عارضة ، موجهة إلى الغير ، ممن لم يختصم أصلا فى الدعوى القضـــائية ، وتسمى هذه الطلبات القضائية العارضة - **سواء قدمت من المدعى ، أو من المدعـــى علـــيه فى الدعوى القضائية** - " **إختصام الغير** " ، لأنها تؤدى إلى جعل الغير خصما فى الدعوى القضائية " **المادة (١٧) من قانون المرافعات المصرى** " .

يجـــوز للغـــير أن يـــبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة ، يوجههـــا إلى المدعى ، والمدعى عليه معا ، أو إلى أحدهما . وتسمى هذه الطلبات القضائية العارضة : التدخل Intervention :

يجـــوز للغـــير أن يـــبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة ، يوجهها إلى المدعى ، والمدعى عليه معا ، أو إلى أحدهما . وتسمى **هذه** الطلبات القضائية العارضة : **التدخل Intervention** ، لأنه بهذه الطلبات القضائية العارضة يتدخل الغير فى دعوى قضـــائية مـــنظورة أمـــام المحكمـــة ، ويصبح خصما فيها " **المادة (١٢٦) من قانون المرافعات المصرى** " [1] .

---

[1] فى دراســـة أحكام الطلبات القضائية العارضة " أنواعها ، إجراءات تقديمها ، وآثارها " ، أنظر : أحمد أبـــو الوفـــا - المـــرافعات المدنـــية ، والتجارية - الطبعة الرابعة عشرة - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأســـكندرية - بند ١٧٦ ، ومايليه ، ص ١٨٩ ، ومابعدها ، أحمد السيد صاوى - الوسيط فى شرح قـــانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١٣٤ ، ومايليه ،

نطاق الطلبات العارضة أمام هيئة التحكيم :

إذا كـــان ماســـبق هو النطاق المحدد للطلبات العارضة أمام المحاكم فما هو نطاقها أمام هيئة التحكيم ؟ .

أولا – أثر الطلبات العارضة على النطاق الموضوعى لخصومة التحكيم [1]

قضـــت المـــادة (٢/١٤٦٠) مـــن مجموعة المرافعات الفرنسية بتطبيق المبادئ الأساسية فى التقاضى – والتى وردت فى صدرها – على خصومة التحكيم :

قضت المادة (٢/١٤٦٠) من مجموعة المرافعات الفرنسية بتطبيق المبادئ الأساسية فى التقاضـــى – والـــتى وردت فـــى صدرها – على خصومة التحكيم . ومنها ، نص المادة الرابعة من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، والذى يقرر أنه :

" موضـــوع الـــنزاع يـــتحدد بالطلـــبات المتبادلة للخصوم ، وأن هذه الطلبات تتحدد فى صـــحيفة افتـــتاح الدعوى ، وكذلك بالطلبات العارضة إذا كانت ترتبط بالطلبات الأصلية برابطة كافية " .

أجـــازت المادة (٢/٣٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – وبخصوص شرط التحكـــيم – للمدعى عليه فى الدعوى المنظورة أمام هيئة التحكيم – وفى رده علـــى بيان الدعوى المرسل إليه ، طبقا للمادة (٣٠/ ١) من القانون الوضـــعى المصـــرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنـــية ، والتجارية – أن يضمن مذكرة دفاعه أية طلبات عارضة متصلة

ص ٢١٩ ، ومابعدها ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ١٧٩ ، ومايلـــيه ، ص ٢٦١ ، ومابعدهـــا ، وجـــدى راغب فهمى – مبادئ الخصومة المدنية – ص ٢٨٠ ، ومابعدهـــا ، محمود محمد هاشم – قانون القضاء المدنى – ص ٣٢٤ ، ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول – أصول المرافعات المدنية ، والتجارية – بند ٣٤٨ ، ومايليه ، ص ٦٥٩ ، ومابعدها .

[1] فى دراســـة الـــنطاق الموضـــوعى لخصومة التحكيم ، أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٢٧٦ ومايليه ص ٢٧١ ، ومابعدها

بالـــنزاع موضـــوع شرط التحكيم ، أو أن يتمسك بحق يكون ناشئا عنه ، بقصـــد الدفـــع بالمقاصة . وله ذلك - ولو فى مرحلة لاحقة فى إجراءات خصومة التحكيم - إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر التأخير :

تنص المادة (٢/٣٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ويرســـل المدعـــى علـــيه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذى تعينه هيئة التحكـــيم إلـــى المدعـــى وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه ردا على ماجاء ببيان الدعوى ، وله أن يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع ، أو أن يتمســـك بحـــق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة وله ذلك ولو فى مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر التأخير" .

ومفاد النص المتقدم ، أنه يجوز للمدعى عليه - **وبخصوص شرط التحكيم** - فى الدعوى المـــنظورة أمام هيئة التحكيم - **وفى رده على بيان الدعوى المرسل إليه ، طبقا للمادة (٣٠/ ١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - أن يضمن مذكرة دفاعه أية طلبات عارضة متصلة بالنزاع موضـــوع شرط التحكيم ، أو أن يتمسك بحق يكون ناشئا عنه ، بقصد الدفع بالمقاصة . وله ذلك - **ولو فى مرحلة لاحقة فى إجراءات خصومة التحكيم** - إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر التأخير .

أجـــازت المـــادة (٣٢) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـــى شـــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لأطراف الإتفاق علـــى التحكـــيم تعديـــل طلباتهم ، أو أوجه دفاعهم ، أو استكمالها ، خلال إجـــراءات خصومة التحكيم ، مالم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك ، منعا من تعطيل الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

أجازت المادة (٣٢) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكـــيم فى المواد المدنية ، والتجارية لأطراف الإتفاق على التحكيم تعديل طلباتهم ، أو أوجه دفاعهم ، أو استكمالها ، خلال إجراءات خصومة التحكيم ، مالم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك ، منعا من تعطيل الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

إذا كانـــت القـــاعدة هى أن سلطة هيئة التحكيم تنحصر فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيم ، ويكون حكم التحكيم الصادر منها فيه خارج هذا الـــنطاق باطلا ، فإن على هيئة التحكيم أن تمتنع عن قبول أى طلب يكون خارجا عن حدود هذا النزاع – سواء كان طلبا أصليا ، أم طلبا عارضا :

إذا كانـــت القـــاعدة هى أن سلطة هيئة التحكيم تنحصر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكـــيم ، ويكون حكم التحكيم الصادر منها فيه خارج هذا النطاق باطلا ، فإن على هيئة التحكيم أن تمتنع عن قبول أى طلب يكون خارجا عن حدود هذا النزاع – **سواء كان طلبا أصليا ، أم طلبا عارضا** .

لايجـــوز لهيـــئة التحكـــيم أن تفصل فى أية مسألة أولية تخرج عن نطاق الإتفـــاق علـــى التحكيم ، كما لايجوز لها تقرير صحة ، أو تزوير سندا من السندات :

لايجوز لهيئة التحكيم أن تفصل فى أية مسألة أولية تخرج عن نطاق الإتفاق على التحكيم ، كما لايجوز لها تقرير صحة ، أو تزوير سندا من السندات ، وإنما عليها فى حالة إثارة مســـألة أولية خارجة عن نطاق ولايتها ، أو فى حالة الطعن بالتزوير ، أو فى حالة اتخاذ إجـــراءات جنائية عن التزوير أو عن حادث جنائى آخر ، وقف خصومة التحكيم ، حتى يصـــدر حكما قضائيا إنتهائيا من القضاء العام فى الدولة ، صاحب الإختصاص الأصيل بالفصل فيها [1] .

لايجـــوز قـــبول طلبات عارضة أمام هيئة التحكيم ، مالم تكن هذه الطلبات داخلة فى نطاق ماإتفق بصدده على التحكيم :

لايجـــوز قبول طلبات عارضة أمام هيئة التحكيم ، مالم تكن هذه الطلبات داخلة فى نطاق ماإتفق بصدده على التحكيم ، أى داخلة فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بحيث إذا كانت هذه الطلبات العارضة لاتدخل فى نطاق ماإتفق بصدده على التحكيم ، فإنه لايقبل

---

(1) أنظـــر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٨٠ ، ومايليه ، ص ١٨٠ ، ومابعدهـــا ، وجدى راغب فهمى – بحث مقدم فى الدورة التدريبية للتحكيم ، والمنعقدة بكلية الحقوق – جامعة الكويت – ١٩٩١ – ص ١١ – ١٦ .

تقديمهـــا أمام هيئة التحكيم ، لأن ولايتها فى الفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة تكون مقصورة على ماالتفق بصدده على التحكيم ، بحيث تنعدم ولايتها خارج هذا النطاق [٢] .

يجوز تقديم طلبات عارضة أمام هيئة التحكيم إذا أصبحت داخلة فى النزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم ، باتفاق لاحق - صريح ، أو ضمنى - بين الأطراف المحتكمين :

يجـــوز تقديـــم طلـــبات عارضة أمام هيئة التحكيم إذا أصبحت داخلة فى النزاع موضوع الإتفـــاق على التحكيم ، باتفاق لاحق - **صريح ، أو ضمنى** - بين الأطراف المحتكمين ، ويمكـــن اســـتخلاص هـــذا الإتفاق الضمنى بين الأطراف المحتكمين من مناقشة الطرف المحـــتكم لموضـــوع الطلب العارض المقدم من خصمه [٢] . وقد قضت محكمة إستئناف بـــاريس بأنـــه : " **يتضح من نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية الســـابقة أن موضوع النزاع المطروح على هيئة التحكيم يجب أن يكون محددا بدقة فى**

---

(١) أنظـــر : رمزى سيف - قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية - ص ٦٧ ، محمد كمال أبو الخير - تقنين المرافعات فى ضوء الفقه ، وأحكام المحاكم - ص ٤٤٦ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - - ص ٢٢ ، حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٤ ، ص ٨ ، بند ٣٠ ، ص ١٥ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٣ ، ص ٣٤ ، ٣٥ ، بند ٥٣ ، ص ١٣٩ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٣/٨١ ، ص ٢٤٤ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ١٨٠ ، ص ٢٦٦ .

(٢) أنظر :

E . LOQUIN : La competence arbitrale . J . CI . Proc . Civ . Fasc . 1032 . N . 17 , 27 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٦١ - منشأة المعـــارف بالأسكندرية - ص ١٧٨٣ ، الطبعة الثالثة - ١٩٨٥ - ص ١١٢٠ ، التحكيم الإختيارى ، والإجـــبارى - - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ١١ ، محمـــود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنـــية ، والـــتجارية - الكـــتاب الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩٠ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٣/٨١ ، ص ٢٤٤ .

مشـــارطة التحكيم ، وتقتصر سلطة هيئة التحكيم على الفصل فى المنازعات الواردة فى تلــك المشــارطة . ومن ثم ، لايمكنها الفصل فى منازعات لاحقة ، أو تالية ، حتى ولو كــان مــن المحــتمل وقوعها ، طالما أنها لم تكن محلا للإتفاق الصريح بين الأطراف المحتكمين ، ولكن من الجائز للأطراف المحتكمين الإتفاق على منح هيئة التحكيم سلطة الفصــل فـــى الطلـــبات الإضـــافية ، وهـــذا الإتفـــاق يشكل من جانبهم مشارطة تحكيم جديدة " (١) .

لايمكـــن قبول أية طلبات أخرى غير الطلب الأصلى المحدد فى الإتفاق على التحكيم ، إلا إذا وافق عليها جميع الأطراف المحتكمون :

لايمكن قبول أية طلبات أخرى غير الطلب الأصلى المحدد فى الإتفاق على التحكيم ، إلا إذا وافــق علـــيها جميع الأطراف المحتكمون . بمعنى ، أنهم قد أبرموا بشأنها مشارطة تحكيم جديدة ولايهم بعد ذلك أن يكون طلبا إضافيا ، يغير ، أو يعدل من طلبات المدعى الأصـــلية ، أو طلبا مقابلا ، يريد به المدعى عليه ليس فقط رفض طلبات المدعى ، وإنما الحصول على حق خاص به (٢) .

تظل لهيئة التحكيم سلطة عدم قبول الطلب العارض ، إذا وجدت أن تقديمه غير مناسب ، لتأخره :

تظل لهيئة التحكيم سلطة عدم قبول الطلب العارض ، إذا وجدت أن تقديمه غير مناسب ، لتأخره ، بحيث يؤدى إلى عدم تمكنها من الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فـــى الميعاد المحدد " **قانونا** ، أو **اتفاقا** " لإصدار حكم التحكيم . وكذلك ، إذا قدم بعد قفل باب المرافعة فى الدعوى أمام هيئة التحكيم (٣) .

---

(١) -أنظر :

Paris . 30 Mars . 1962 . J . C. P . 1962 . 11 . 12843 .

(٢) أنظر :

Paris . 30 Mars . 1962 . J . C . P . 1962 . 11 . 12843 .

(٣) أنظر :

JEAN – ROBERT : L'arbitrage civile et commercial . Droit interne . Droit international prive . Cinquieme edition . edition Dalloz . N .

فــى حالـــة عدم قبول تدخل الغير ، أو إدخاله فى خصومة التحكيم - لأى سـبب كــان - فــإن خصومة التحكيم تظل بين أطرافها الأصليين ، بينما يتقاضى الغير " مدعيا ، أم مدعى عليه " أمام القضاء العام فى الدولة :

فى حالة عدم قبول تدخل الغير ، أو إدخاله فى خصومة التحكيم - **لأى سبب كان** - فإن خصـــومة التحكيم تظل بين أطرافها الأصليين ، بينما يتقاضى الغير " **مدعيا** ، **أم مدعى عليه** " أمام القضاء العام فى الدولة .

إذا كان النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم علاقة قانونية متعددة الأطراف ، وغــير قابلـــة للــتجزئة ، فإنه إذا لم يشمل الإتفاق على التحكيم أطراف العلاقـــة جميعا ، ولم يقبل تدخل ، أو إدخال الطرف الذى لم يشمله الإتفاق على التحكيم ، فإنه لامحل لاستمرار خصومة التحكيم ، ويصبح النزاع من اختصاص القضاء العام فى الدولة وحده :

إذا كـــان الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم علاقة قانونية متعددة الأطراف ، وغير قابلة للتجزئة (٢) ، فإنه إذا لم يشمل الإتفاق على التحكيم أطراف العلاقة جميعا ، ولم يقبل تدخـــل ، أو إدخـــال الطرف الذى لم يشمله الإتفاق على التحكيم ، **فإنه لامحل لاستمرار** خصومة التحكيم ، ويصبح النزاع من اختصاص القضاء العام فى الدولة وحده ، باعتباره

---

334 et s . P . 291 et s ; ERIC – LOQUIN : Juris – Classeur . Procedure Civile . Arbitrage . Fasc . 1032 . N . 1 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit. , N . 146 . P . 120 . Note . 39

وانظر أيضا : رمزى سيف – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية – ص ٦٧ ، محمد كمال أبو الخير – تقـنين المرافعات – ص ٤٤٦ ، وجدى راغب فهمى – خصومة التحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١١ ، ١٣ ، عزمى عبد الفتاح – الإشارة المتقدمة ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٠٢ ، ص ٢٩٦ .

(٢) فى دراسة النظرية العامة للإرتباط فى الدعاوى القضائية المدنية " معايير الإرتباط ، أنواعه – سواء كان ارتباطا بسيطا ، أم ارتباطا لايقبل التجزئة – وتأثير الإرتباط على قواعد الإختصاص القضائى " ، أنظر : السيد عبد العال تمام – النظرية العامة لارتباط الدعاوى المدنية – ١٩٩١ – دار النهضة العربية بالقاهرة وبصفة خاصة : ص ٨٣ ، ومابعدها

الجهة الأصلية ، صاحبة الإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفـــراد ، والجماعات داخل الدولة - **وأيـــا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضـــعى خاص [1] ، ذلك أن الأصل أنه لاتجوز إحالة قضية مطروحة على هيئة تحكيم إلى محكمة عادية ، لارتباطها بدعوى قضائية قائمة أمامها ، لأن فى ذلك إخلالا بالإتفاق علـــى التحكيم ، كما لايجوز أن تحال على هيئة تحكيم دعوى قضائية قائمة أمام المحاكم العادية .

مدى القوة الملزمة للإتفاق على التحكيم عند ارتباط النزاع الوارد فيه بنزاع آخر ، يكون قائما أمام القضاء العام فى الدولة :

إذا كـــان بيـــن الدعويين رباطا قويا لايقبل التجزئة ، وكان حسن سير العدالة يقتضى أن تفصـــل فيهما هيئة واحدة ، منعا من تناقض الأحكام ، أو تحقيقا للإتساق ، فإنه يكون من الواجـــب أن تفصـــل فيهما محكمة واحدة ولايعتد بشرط التحكيم ، أو مشارطته فى هذه الحالة ، حيث أنه لايتصور الإحالة لقيام ذات النزاع أمام هيئة التحكيم ، والمحكمة العادية ، أو العكـــس ، لاختلاف الإجراءات ، فالإرتباط بين الدعاوى يلغى أى أثر للإتفاق على التحكـــيم ، ويعـــود الإختصاص بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **وفى جميع جوانـــبه** - للمحاكم العادية ، ويحق لكل طرف محتكم صاحب مصلحة أن يدفع بارتباط الدعاوى [2] .

---

(1) أنظـــر : وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١٢ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ١٨٠ ، ص ٢٢٦ .

(٢) أنظر :

J . NORMAND : obs . R . T . D . Civ . 1978 . P . 917 , 918 , 920 ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 111 . 1987 . N . 135 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 146 . P . 120 .

وانظر أيضا :

Paris . 19 Oct . 1960 . Dr . Mars . Fr . 1961 . 96 ; Trib . Com . Seine . 28 Juill . 1966 . Dr . Mars . Fr . 1967 . 167 ; Trib . Com . Marseille . 11 Avr.1967 . Dr . Mars . Fr . 1968 . 3 64 ; Trib . Com . Seine , 10 Janv . 1968 . Dr . Mars . Fr . 1968 . 688 ; Paris . 5Avr

. 1968 . Dr . Mars . Fr . 1968 . 424 ; Paris . 4 Dec . 1973 . Rev . Arb . 1974 . P . 301 ; Aix – en – Provence . 27 Fav . 1978 . Rev . Arb . 1978 . 527 ; Paris . 21 Dec . 1979. Rev . Arb . 1981. 155 ; Paris . 4 Dec . 1981 . Rev . Arb . 1982 . 311 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التعليق على قانون المرافعات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – ص ١١٢٠ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٥٣ ، ص ١٣٩ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٣/٨١ ، ص ٢٤٤ ، بند ٤١ ، ص ١١٨ ، عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى – ص ١٦٨ .

وانظر أيضا : إستئناف مختلط – ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ – مجلة التشريع ، والقضاء – ٤٦ – ص ٥٥ ، إستئناف مختلط – ١٣ مارس سنة ١٩٣٥ – مجلة التشريع ، والقضاء – – ٤٧ – ص ١٩٥ . عكس هذا :

J . R . DEVICHI : De l'effectivite de la clause compromissoire en cas de pluralite de defendeurs ou d'appel en garantie dans la Jurisprudence recente . Rev . Arb . 1981 . P . 29 et s ; Note sous Poitiers . 28 Nov . 1973 et Paris . 4Dec . 1973 . Rev . Arb . 1974 . P . 305 et s Aussi ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit ., N . 112 . p . 93 et p . 94 et N . 116 . P . 96 .

وانظر أيضا :

Cass . Civ . 28 Oct . 1929 . D . 1931 . 29 ; Cass . Civ . 3 Mai . 1957 . D . 1958 .167 ; Cass . Com . 15 Juill . 1975 . Rev . Crit . Dr . Int . Pr . 1976 . 132 ; Cass . Civ . 2Dec . 1970 . Rev . Arb . . 409 ; Cass . Com . 8Nov . 1982 . Rev . Arb . 1983 . 177 ; Paris . 13 Mai . Rev . Arb . 1984 . 115 .

حيث يرى هذا الجانب من الفقه ، وأحكام القضاء أن الإتفاق على التحكيم تبقى له قوته الملزمة ، وتبقى هيئة التحكيم مختصة بنظره . وقارب : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٧٦ ، ص ٣٧١ . حيث يرى سيادته أن الإتفاق على التحكيم يجب أن ينتج كافة آثاره القانونية ، إلى أن يثبت بالدليل القاطع إستحالة نظر النزاع عن طريق جهتى قضاء مختلفتين ، لأنه يصعب التسليم بوجود عدم قابلية للإنقسام قبل بداية نظر النزاع . وأن ادعاء أحد الأطراف المحتكمون بذلك أمام القضاء العام فى الدولة ، أو أمام هيئة التحكيم لايكفى لمحو آثار الإتفاق على التحكيم . ويمكن للطرف المحتكم الذى يرغب فى عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم برمته على القضاء العام فى الدولة أن يبدى دفعا بذلك أمام هيئة التحكيم ، والتى تملك سلطة تقديرية كبيرة فى الرد على هذا الدفع . فإذا تبين لها قابلية النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للإنقسام – رغم الإرتباط – فإنه يحق لها أن ترفض الدفع ، وتشرع

ثانــيا – أثـــر الطلبـــات العارضـــة علــــى النطاق الشخصى لخصومة التحكيم [1] :

لايلزم الإتفاق على التحكيم – كقاعدة – إلا أطرافه الذين أبرموه :

لايلزم الإتفاق على التحكيم – **كقاعدة** – إلا أطرافه الذين أبرموه ، بحيث لايخضع لولاية هيئة التحكيم – والتى تنشأ بمقتضى هذا الإتفاق – من ليس طرفا فيه . ومن ثم ، لايستفيد مـن هـذا الإتفاق إلا أطرافه ، ولايضار منه غيرهم ، ولايملك التمسك ببطلانه غيرهم أيضا [2] .

فى نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . أما إذا تبين لها جدية الدفع ، وعدم قابلية النزاع موضوع الإتفـــاق عـــلى التحكـــيم للإنقسام ، فإنه يحق لها أن تصدر حكما بإنهاء إجراءات خصومة التحكيم ، لاســـتحالة الســـير فيها ، لارتباط النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بنزاع قائم أمام القضاء العام فى الدولة . فى دراسة اختلاف الفقه ، وأحكام القضاء . وبصفة خاصة ، فى فرنسا حول مدى القوة الملزمة للإتفاق على التحكيم عند ارتباط النزاع الوارد فيه بنزاع آخر ، يكون قائما أمام القضاء العام فى الدولة ، أنظـــر : عـــلى بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٧٣ ، ومايليه ، ص ٣٦٧ ، ومابعدها .

(١) فى دراســـة أثـــر الطلبات العارضة على النطاق الشخصى لخصومة التحكيم ، أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٢٩٩ ، ومايليه ، ص ٢٩٤ ، ومابعدها .

(٢) أنظـــر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٥٤ ، ص ١٣٩ ، محمـــود محمـــد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٦٧ ، ص ١٩٩ ، ســـامية راشـــد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – بند ١٨٤ ، ص ٣٣٦ ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٣٤ ، ص ٥١ ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٢٩٩ ، ص ٢٩٤ .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – ١٩٦٦/١/١١ – فى الطعن رقم (٢٨٩) – لسنة (٣٠) ق – مجموعة المبادئ – س (١٧) – ص ٦٥ ، ١٩٧١/١/٢٠ – فى الطعن رقم (٥١٠) – لسنة (٣٥) ق – مجموعة المبادئ – س (٢١) – ص ١٤٦ .

يتسـع المفهـوم القـانونى لتعبير الطرف فى الإتفاق على التحكيم ليشمل الخلف العام ، والخلف الخاص :

يتسـع المفهـوم القـانونى لتعبير الطرف فى الإتفاق على التحكيم ليشمل الخلف العام ، والخلـف الخـاص - **كالورثـة** ، **والمحال إليه** ، فيلتزم ورثة التاجر الذى كان قد أبرم الإتفاق على التحكيم بهذا الإتفاق ، كما يمكنهم التمسك به تجاه الأطراف الآخرين فيه .

الشـركة الـتى آلت إليها الذمة المالية لشركة أخرى - نتيجة للإندماج - تنصرف إليها آثار اتفاقات التحكيم التى أبرمتها - ومن قبل - الشركة التى زالت من الوجود القانونى بالإندماج :

الشركة التى آلت إليها الذمة المالية لشركة أخرى - **نتيجة للإندماج** - تنصرف إليها آثار اتفاقـات التحكـيم الـتى أبرمتها - **ومن قبل** - الشركة التى زالت من الوجود القانونى بالإندماج [1] .

تعـد اتفاقـات التحكـيم الـتى تبرمها شركة التضامن ملزمة لكل الشركاء بأسمائهم ، بحيث تباشر إجراءات التحكيم ضدهم مجتمعين ، أو ضد أحدهم

تعـد اتفاقـات التحكيم التى تبرمها شركة التضامن ملزمة لكل الشركاء بأسمائهم ، بحيث تباشـر إجراءات التحكيم ضدهم مجتمعين ، أو ضد أحدهم ، كما يمكنهم اتخاذ إجراءات التحكيم ضد الطرف الذى كان يتضمن تعاقده مع الشركة إتفاقا على التحكيم [2] .

---

(١) أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ١٨٤ ، ص ٣٣٦ .

(٢) أنظـر : سامية راشد - الإشارة المتقدمة . ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٥/٢/٢٥ - فى الطعن رقم (٦٠) - لسنة (٣٠) ق - مجموعة المبادئ - س (١٦) - ص ٢٢٠ ، ١٩٦٥/٥/١٧ - فى الطعـن رقم (٤٠٦) - لسنة (٣٠) ق - مجموعة المبادئ - - س (١٦) - ص ٧٧٨ ، ١٩٦٧/٢/٧ - فى الطعن رقم (١٣٥) - لسنة (٣٣) ق - مجموعة المبادئ - س (١٨) - ص ٣٠٠٠ ، ١٩٧٠/٤/١٤ - فى الطعن رقم (٥١) - لسنة (٣٦) ق - مجموعة المبادئ - س (٢١) - ص ٥٩٨ .

لايجوز التدخل الإختيارى للغير فى خصومة التحكيم :

لايجــوز التدخل الإختيارى للغير – **أى من لم يكن طرفا فى الإتفاق على التحكيم** – فى خصومة التحكيم – **سواء كان التدخل أصليا ، أم انضماميا لأحد الأطراف المحتكمين** [1]

لاتملــك هيئة التحكيم سلطة الأمر بادخال الغير فى خصومة التحكيم ، مالم يوافــق الأطــراف المحــتكمون بالإجماع على تدخل الغير ، أو إدخاله فى خصومة التحكيم :

لاتملــك هيــئة التحكيم سلطة الأمر بادخال الغير فى خصومة التحكيم – **والتى يخولها القانون للمحكمة العادية** – مالم يوافق الأطراف المحتكمون بالإجماع على تدخل الغير ، أو إدخالــه فــى خصــومة التحكيم [2] . **فلايجوز إجبار الغير على أن يصبح طرفا فى** خصومة التحكيم . ولذا ، تلزم **موافقته على هذا الإدخال ، وموافقة الأطراف المحتكمون .** وعندئذ ، يكون للمتدخل ، أو للمدخل فى خصومة التحكيم مالللطرف فى خصومة التحكيم

(١) أنظر : عزمى عبد الفتاح – التحكيم فى القانون الكويتى – ص ٢٧٢ .

وفى دراســة أحكام التدخل فى الخصومة المدنية ، أنظر : أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية ، والتجارية – بند ١٨١ ، ومايليه ، ص ٢٠١ ، ومابعدها ، محمد محمود إبراهيم – النظرية العامة للطلبات العارضة – ١٩٨٤ – دار الفكــر العربى بالقاهرة – ص ٥٥ ، ومابعدها ، صلاح أحمد عبد الصادق أحمد – نظرية الخصــم العارض فى قانون المرافعات – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – ١٩٨٦ . وبصفة خاصة : ص ١٨٢ ، ومابعدها .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 147 . P . 122 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التعليق على قانون المرافعات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٠ – ص ١١٢٠ ، التحكــيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٥٣ ، ص ١٣٩ ، وجدى راغب فهمى – خصومة التحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١٢ ، عزمى عبد الفتاح – قانون التحكيم الكويتى – ص ٢٧٣ ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٣٠١ ، ص ٣٩٦ .

مـــن حقوق ، وعليه ماعليه من التزامات ، كما يحتج عليه بحكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

إذا أراد شخص ليس طرفا فى الإتفاق على التحكيم أن يتدخل تدخلا هجوميا فـــى خصومة التحكيم – أى للمطالبة بحق ذاتى لنفسه أثناء سيرها – فإن الأطراف المحتكمين يملكون الحق فى الإعتراض على هذا التدخل :

إذا أراد شخص ليس طرفا فى الإتفاق على التحكيم أن يتدخل تدخلا هجوميا فى خصومة التحكـــيم – **أى للمطالـــبة بحـــق ذاتـــى لنفسه أثناء سيرها** – فإن الأطراف المحتكمين يملكون الحق فى الإعتراض على هذا التدخل .

إذا تدخـــل شـــخص منضما لأحد الأطراف المحتكمين ، فإنه يجوز للأطراف الآخرين فى الإتفاق على التحكيم أن يعترضوا على ذلك :

إذا تدخـــل شخص منضما لأحد الأطراف المحتكمين ، فإنه يجوز للأطراف الآخرين فى الإتفاق على التحكيم أن يعترضوا على ذلك (١) .

---

(١) أنظر : عزمى عبد الفتاح – الإشارة المتقدمة .

الباب الرابع

تفسير القضـــاء العـــام فـــى الدولـــة للأثر السلبى للإتفاق على التحكيـــم [1]

تقسيم :

تمهيدا للبحث ، وإحاطة بالموضوع ، نقسم هذا الباب إلى أربعة فصول :

الفصل الأول : فكرة عامة عن تفسير العقود بصفة عامة .

الفصل الثانى : دور القاضى العام فى الدولة فى تفسير العقود بصفة عامة .

الفصـــل الثالـــث : تطبيق قواعد تفسير العقود بصفة عامة على الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم .

والفصـــل الـــرابع : تطبيقات لضرورة التفسير الضيق لحدود النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وذلك على النحو التالى :

---

[1] فى تفســـير القضـــاء العام فى الدولة للأثر السلبى للإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٢٢ ، ومايليه ، ص ٦٣ ، ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١٧٢ ، ومابعدها .

الفصل الأول

فكرة عامة عن تفسير العقود بصفة عامة

لتحديد مضمون أى عقد ، يلزم أن نعرف معنى العبارات التى يتضمنها :

لـــتحديد مضمون أى عقد ، يلزم أن نعرف معنى العبارات التى يتضمنها ، وقد تكون هذه العبارات ، أو بعضها غامضة . وعندئذ ، يلزم التفسير ، لاستجلاء المعنى .

إستخلاص معنى العقد إنما يكون بتحديد ماقصدته الإرادة المشتركة لعاقديه :

استخلاص معنى العقد إنما يكون بتحديد ماقصدته الإرادة المشتركة لعاقديه ، فما ترتضيه إرادة أحد الطرفين وحدها ، لايعتبر من أحكام العقد .

تكـــون الإرادة المشتركة لطرفى العقد أمرا معنويا ، ولكنه يستخلص أساسا من عبارة العقد ، فضلا عن الظروف ، والملابسات التى تكتنف إبرامه :

تكون الإرادة المشتركة لطرفى العقد أمرا معنويا ، ولكنه يستخلص أساسا من عبارة العقد ، فضلا عن الظروف ، والملابسات التى تكتنف إبرامه .

تـــتخذ عـــبارة العقد إحدى صورتين أساسيتين : الصورة الأولى : إذا كانت عـــبارة العقـــد واضـــحة الدلالة ، والصورة الثانية : إذا كانت عبارة العقد غامضة :

تتخذ عبارة العقد – من حيث أنها تتضمن الإرادة المشتركة لطرفيه ، ومن ثم المعنى المقصود من العقد – إحدى صورتين أساسيتين :

الصورة الأولى – إذا كانت عبارة العقد واضحة الدلالة :

عـــبارة العقـــد إما أن تجئ واضحة فى الدلالة على ماقصدته منها الإرادة المشـــتركة لعاقديه . وعندئذ ، ماكانت فى حاجة إلى تفسير ، ووجب على

القاضى العام فى الدولة – كأصل عام – أن يأخذ بالمعنى الظاهر لها ، دون أن ينحرف عنه :

عبارة العقد إما أن تجئ واضحة فى الدلالة على ماقصدته منها الإرادة المشتركة لعاقديه . وعــندئذ ، ماكانت فى حاجة إلى تفسير ، ووجب على القاضى العام فى الدولة – **كأصل عام** – أن يأخذ بالمعنى الظاهر لها ، دون أن ينحرف عنه ، فقد نصت المادة (١/١٥٠) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" ١ – **إذا كانــت عــبارة العقــد واضــحة فلايجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين** " .

والصورة الثانية – إذا كانت عبارة العقد غامضة :

قــد تجــئ عــبارة العقد متسمة بالغموض فى دلالتها على ماقصدته منها الإرادة المشــتركة لعاقديه . وعندئذ ، إن كان من الممكن تأويلها على أكثر مــن معــنى ، تعيــن الإلتجاء إلى التفسير ، لاستجلاء غموضها ، وتحديد حقيقة المقصود من دلالتها :

قــد تجــئ عبارة العقد متسمة بالغموض فى دلالتها على ماقصدته منها الإرادة المشتركة لعاقديــه . وعندئذ ، إن كان من الممكن تأويلها على أكثر من معنى ، تعين الإلتجاء إلى التفسير ، لاستجلاء غموضها ، وتحديد حقيقة المقصود من دلالتها .

الفصل الثانى

دور القاضى العام فى الدولة فى تفسير العقـــود بصفة عامة [1]

تفسير العقد يناط أصلا بالقاضى العام فى الدولة :

تفسير العقد يناط أصلا بالقاضى العام فى الدولة .

حيـــنما يفســـر القاضـــى العام فى الدولة العقد ، فإنه يستهدف البحث عما قصدته الإرادة المشتركة لطرفيه :

حيـــنما يفســـر القاضى العام فى الدولة العقد ، فإنه يستهدف البحث عما قصدته الإرادة المشـــتركة لطرفـــيه ، وهو يتقصى هذه الإرادة المشتركة فى العقد من مجموع وقائعه ، وظـــروف إبرامه ، دون الوقوف عند مجرد معانى ألفاظه ، أو عباراته ، ومع الإستهداء بطبـــيعة الـــتعامل ، والغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قد قصداه ، والعادات الجارية ، ومايـنـــبغى أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية ، وشرف التعامل ، وقد نصت المادة (٢/١٥٠) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" ٢ – أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الإستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة ، وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجارى للمعاملات " .

---

[1] فى بـــيان أحكام تفسير العقود بصفة عامة ، أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى – نظرية العقد ، والإرادة المـــنفردة – دراسة مقارنة – بند ٢٦٥ ، ومايليه ، ص ٥٢٢ ، ومابعدها ، عبد الحكيم فودة – تفسير العقـــد فى القانون المصرى ، والمقارن – الطبعة الأولى – ١٩٨٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية . وبصفة خاصة ، ص ٩٦ ، ومابعدها .

ماينـــبغى علـــى القاضى العام فى الدولة مراعاته عند تفسير العقود بصفة عامة :

علـــى القاضى العام فى الدولة – وهو فى سبيل البحث عن قصد المتعاقدين المشترك ، من خلال تفسيره لعبارات العقد الغامضة – أن يدخل فى اعتباره مجموع وقائع العقد ، مجموع عباراته ، وشروطه ، أو بنوده :

علـــى القاضى العام فى الدولة – **وهو فى سبيل البحث عن قصد المتعاقدين المشترك** ، مـــن **خلال تفسيره لعبارات العقد الغامضة** – أن يدخل فى اعتباره مجموع وقائع العقد ، مجموع عباراته ، وشروطه ، أو بنوده [1] .

ينـــبغى على القاضى العام فى الدولة – وهو فى مجال تفسير العقود – ألا يقف بالضرورة عند المعنى الحرفى لألفاظ العقد ، وعباراته :

ينبغى على القاضى العام فى الدولة – **وهو فى مجال تفسير العقود** – ألا يقف بالضرورة عـــند المعـــنى الحرفى لألفاظ العقد ، وعباراته . فالعبرة فى العقود – **كما فى غيرها** – بالمقاصد ، والمعانى ، وليس بالألفاظ ، والمبانى .

على القاضى العام فى الدولة أن يستهدى فى تفسير العقد بطبيعة التعامل ، وماينبغى أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة ، وثقة ، وفقا للعرف الجارى فى المعاملات :

علـــى القاضى العام فى الدولة أن يستهدى فى تفسير العقد بطبيعة التعامل ، وماينبغى أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة ، وثقة ، وفقا للعرف الجارى فى المعاملات .

التفســـير لدى القاضى العام فى الدولة ليس غاية فى ذاته ، بل هو وسيلة للفصل فى الحالة المعروضة عليه :

---

(1) أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى – نظرية العقد ، والإرادة المنفردة – بند ٢٦٥ ، ص ٥٢٣ .

التفسير لدى القاضى العام فى الدولة ليس غاية فى ذاته ، بل هو وسيلة للفصل فى الحالة المعروضة عليه ، وهو لذلك يتأثر بالنتائج العملية التى يؤدى إليها تطبيق الرأى الذى يهم باعتماده فى الحالات الواقعية .

قــد يقتضى تعيين موضوع العقد تفسيره ، ويتولى القاضى العام فى الدولة تفســير العقــد ، ليصل إلى تحديد الإلتزامات التى أنشأها ذلك العقد ، عن طريق الكشف عن إرادة المتعاقدين ، وتطبيق نصوص القانون :

قــد يقتضى تعيين موضوع العقد تفسيره ، ويتولى القاضى العام فى الدولة تفسير العقد ، ليصـــل إلـــى تحديـــد الإلـــتزامات التى أنشأها ذلك العقد ، عن طريق الكشف عن إرادة المتعاقدين ، وتطبيق نصوص القانون [١] ، ووسيلة القاضى العام فى الدولة فى ذلك تكون محددة بنصوص القانون [٢] .

لاتعــدوا الأمـــور التى حرص القانون على أن يوجه نظر القاضى العام فى الدولـــة إلـــيها ، ليســـتهدى بها ، وهو بصدد تفسير العقد أن تكون مجرد إرشادات تقدم للقاضى العام فى الدولة ، لمساعدته فى تفسير العقود بصفة

---

(١) أنظر : محمود جمال الدين زكى – النظرية العامة فى الإلتزامات فى القانون المدنى المصرى – القاهرة – ١٩٨٧– ص ٣١٢ .

(٢) أنظر :

ERIC – LOQUIN : Juris – Classeur . Procedure Civile . Fasc . 1032 . ou commercial . Fasc . 215 . N . 15 .

وانظـــر أيضا : فتحى والى – قانون القضاء المدنى اللبنانى – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى – ١٩٧٠ – دار النهضـــة العربـــية بالقاهرة – بند ٧٢ ص ١٢٦ ، محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات – ص ٤٤٦ ، أحمـــد محمـــد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – الرسالة المشـــار إليها – ص ٢٠٨ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – ص ١١٢٠ .

عامـــة ، وهـــى مـــن بعد ليست كل الإرشادات التى يمكن للقاضى العام فى الدولة أن يستعين بها :

لاتعـــدوا الأمور التى حرص القانون على أن يوجه نظر القاضى العام فى الدولة إليها ، ليســتهدى بها ، وهو بصدد تفسير العقد أن تكون مجرد إرشادات تقدم للقاضى العام فى الدولة ، لمساعدته فى تفسير العقود بصفة عامة ، وهى من بعد ليست كل الإرشادات التى يمكـــن للقاضى العام فى الدولة أن يستعين بها ، والقانون إذ يقدم للقاضى العام فى الدولة إرشـــاداتها لـــم يغفـــل عـــن أن تفسير العقود بصفة عامة فى النهاية فن ، ذوق ، كياسة وخبرة [1] .

يمـــثل تفســـير العقـــود بصفة عامة - وباعتبار أنه يقوم على استخلاص الإرادة المشتركة لعاقديه - أمرا من أمور الواقع :

يمـــثل تفسير العقود بصفة عامة - وباعتبار أنه يقوم على استخلاص الإرادة المشتركة لعاقديـــه - أمـــرا مـــن أمور الواقع . ومن ثم ، فهو يدخل فى سلطة قاضى الموضوع الـــتقديرية ، دون أن يكـــون عليه فى ذلك معقبا من محكمة النقض ، طالما كان من شأن عبارة العقد أن تحمله [2] .

---

(1) أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٢٦٥ ، ص ٥٤٢ .

(2) أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٢٦٧ ، ص ٥٣٠ .

الفصل الثالث

تطبيق قواعد تفسير العقود بصفة عامة

علـــى الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم

علـــى القاضـــى العـــام فـــى الدولة أن يتحقق من تطابق إرادات الأطراف المحتكمين فى شأن النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه :

علـــى القاضى العام فى الدولة أن يتحقق من تطابق إرادات الأطراف المحتكمين فى شأن الـــنزاع المعـــروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه . خاصة ، إذا كانت إرادة الأطراف المحتكمين واضحة فى قصر ولاية هيئة التحكيم على منازعات معينة – **دون غيرها** .

يجب أن تفسر إرادة الأطراف المحتكمين تفسيرا ضيقا :

يجب أن تفسر إرادة الأطراف المحتكمين تفسيرا ضيقا ، لأن حكم التحكيم يجب أن يكون شاملا فقط للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولايمتد إلى سواه [1] .

علـــى القاضـــى العـــام فى الدولة – وإعمالا للقواعد العامة فى التفسير – الإلـــتزام بمـــبدأ التفسير الضيق ، عندما يريد تحديد نطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فلا يجوز التوسع فيه ، لما يتسم به نظام التحكيم من طبيعة إستثنائية :

علـــى القاضـــى العـــام فى الدولة – **وإعمالا للقواعد العامة فى التفسير** – الإلتزام بمبدأ التفســـير الضـــيق ، عـــندما يريد تحديد نطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فلا

---

[1] أنظر : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١٣٦٥ ، ص ٩٩٩ ، رمـــزى سيف – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية – بند ٨٣ ، ص ٧٢ ، فتحى والى – مـــبادئ قـــانون القضـــاء المدنى – بند ٤١٠ ، ص ٧١٧ ، ٧١٨ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٢٨ ، أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضـــائية ، والإختصـــاص القضائى – ص ٢٠٩ ، حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٢ ، ص ٥٥ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – ص ١١٢٠ .

يجــوز التوسع فيه ، لما يتسم به نظام التحكيم من طبيعة إستثنائية . **وبمعنى آخر ، يجب** علــى **القاضــى** العام فى الدولة أن يلتزم كامل الحيطة ، والحذر عند **تفسير الإتفاق على** التحكــيم ، فلايعمل على التوسع فى تحديد النزاع **موضوع الإتفاق على التحكيم ، ليتمكن** مــن الــتعرف على القصد الحقيقى لأطراف الإتفاق على التحكيم ، **والتأكد مما إذا كانت** إراداتهــم قــد اتجهت بالفعل – **وبغير لبس ، أو غموض – للإلتجاء إلى نظام التحكيم ،** للفصــل فــى المنازعات التى تدخل أصلا فى **الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى** الدولة [1] .

---

(1) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٢٨ .

والفصل الرابع

تطبيقات لضرورة التفسير الضيق لحدود النزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم

تطبيقا لضرورة التفسير الضيق لحدود النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فقد قضى بأنه : " **إذا انصـــب الإتفاق على التحكيم على تفسير عقد من العقود ، فلا ينصرف ذلك إلى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن تنفيذ العقد** " [1] .

كمـــا قضى بأنه : " **إذا نص فى شرط التحكيم على اختصاص هيئة التحكيم بالمنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد ، فإنها لاتستطيع أن تفصل فى المنازعات الناشئة عن تفسيره ، وإنمـــا يختص بها القاضى العام فى الدولة ، لخروجها عن نطاق شرط التحكيم ، فضلا عـــن أن هـــدف تفسير أى عقد من العقود هو الوصول إلى القصد الحقيقى للمتعاقدين . بيـــنما تنفـــيذه هـــو أثرا للإلتزام . إذ يترتب على الإلتزام تنفيذه ، فإذا لم ينفذ التزامه اختـــيارا ، جـــاز إجباره عليه . ولكن إذا وجد نصا صريحا فى شرط التحكيم ، أو جاء شرط التحكيم عاما ، فإن هيئة التحكيم تختص عندئذ بتفسير شروط العقد** " [2] .

---

[1] أنظـــر : حكم محكمة مصر الكلية – الصادر فى ١٩٣٠/٣/٩ – المحاماه المصرية – س (١٢) – رقـــم (٢٢٤) – ص ٤٤٧ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٥/٦/١٧ – فى الطعن رقم (٤٠٦) – لسنة (٣٠) ق – ص ٧٧٨ ، مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد حسنى – قضاء النقض البحرى – ص ٦٩ – القاعدة رقم (٤٣٠) .

[2] أنظر :

ERIC – LOQUIN : op . cit ., N . 72 .

وانظـــر أيضا : محمد كمال أبو الخير – قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم – الطبعة الرابعة – ١٩٥٨ – الناشر محمد خليل بالقاهر – ص ١٠٤٩ ، أحمد أبو الوفا – التعليق على نصـــوص قـــانون المرافعات – الطبعة الأولى – ١٩٦١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٧٨٣ ، التحكـــيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٢ ، ص ٣٢ ، فتحى والى – قانون القضاء المـــدنى اللبـــنانى – بـــند ٧٢ ، ص ١٢٦ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – طبعة نادى القضاة بالقاهرة – ص ١١٢٠ ، محمود محمد هاشم –

وإذا اتفــق الأطــراف ذوو الشــأن على التحكيم – **بموجب شرط للتحكيم** – للفصل فى المــنازعات الناشــئة عن تنفيذ ، أو تفسير عقد معين ، فلايجوز أن تطرح على التحكيم منازعات ناشئة بينهم عن تنفيذ ، أو تفسير عقد آخر (١) .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون على ألا يخضع للتحكيم إلا المنازعات المتعلقة بعقد شركة قائمــة بينهم ، والتى تحدث بين الشركاء أنفسهم ، أو بين هؤلاء ، وبين مجلس إدارتها ، فإن المنازعة التى تحدث بين الشركة نفسها – **كشخص معنوى** – وبين مديرها السابق ، لاتدخل ضمن اختصاص هيئة التحكيم (٢) .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون على التحكيم فى شأن النزاع الذى ينشأ عن تنفيذ عقد معين ، فإنــه لايجوز لهيئة التحكيم أن تفصل فى نزاع آخر ، يكون مرتبطا به ، ولو كان بين نفس أطراف العقد الذى تضمن شرط التحكيم (٣) .

الــنظرية العامــة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٦٢ ، ص ١٨٨ . عكس هذا : محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – البحث المشار إليه – بند ١٧ ، ص ٢٢٠ . حيث يرى سيادته أن لهيئة التحكيم سلطة تفسير الإتفاق على التحكيم ، لتحديد نطاق سلطتها ، على أن يبقى تفسيرها خاضعا لرقابة القضاء العام فى الدولة ، تأسيسا على جواز أن يدرج شرط التحكيم فى عقد معــين ، فيشمل كافة ماينشأ عن هذا العقد من منازعات – وأيا كان نوع هذه المنازعات ، سواء كانت خلافــا حول تفسير بنود نصوص العقد ، أو كانت جزاء يطالب به أحد أطراف العقد بتعويضه ، نتيجة إخلال الأطراف الآخرين فيه بتنفيذ التزاماتهم الناشئة عنه . فضلا عن أن التفسير ماهو إلا الإستدلال على الحكم القانونى ، وعلى الحالة النموذجية التى وضع لها هذا الحكم .

(١) أنظر :

ERIC – LOQUIN : op . cit ., N . 15 .

وانظــر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٦/١/١٦ – السنة (٢٧) ق – ص ١٣٨ . مشارا لهذا الحكم لدى : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – طبعة نادى القضاة بالقاهرة – ص ١١٢٤ .

(٢) أنظر :

Cass . Com , 6 Mars . 1956 , J . C . P , 1956 , 11 , 9373 .

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٦٤ .

وإذا كان الأطراف المحتكمون قد حددوا فى مشارطة التحكيم المبرمة بينهم عناصر الخطأ الــذى ارتكـبه أحدهــم فى علاقته بالأطراف الآخرين ، وطلبوا من هيئة التحكيم تقدير الــتعويض المناسب عن هذه العناصر ، فإنه لايحق عندئذ لهيئة التحكيم الحكم بالتعويض عن عناصر أخرى غير تلك الواردة على سبيل الحصر فى الإتفاق على التحكيم (١) .

وإذا كان شرط التحكيم ينص على الفصل فى المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معين ، أو عــدم تنفيذ مايتضمنه عن طريق نظام التحكيم ، فإنه لايجوز لهيئة التحكيم الحكم ببطلان هذا العقد ، وإلا كان هذا الحكم الصادر منها عندئذ باطلا (٢) .

ويكــون حكــم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم باطلا ، إذا صدر ببطلان عقد بيع ، فى حين كان النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **وكما تحدد فى مشارطة التحكيم المبرمة بين الأطراف المحتكمين** – هو تفسير شروط هذا العقد (٣) .

وإذا كــان الأطــراف المحتكمون قد حددوا فى مشارطة التحكيم المبرمة بينهم موضوع الــنزاع القائم بينهم ، بشأن تنفيذ عقد مقاولة ، ونصوا على تحكيم هيئة تحكيم ، لحسم هذا النزاع ، وحددوا مأموريتها بمعاينة الأعمال التى قام بها المقاول ، لمعرفة مدى مطابقتها للمواصــفات ، والأصول الفنية – مــن عدمه – وتقدير قيمة الصحيح من الأعمال ، كما نصــوا فى مشارطة التحكيم المبرمة بينهم على تفويض هيئة التحكيم فى الحكم ، والصلح بيــنهم ، وكان ذلك التفويض بصفة عامة لاتخصيص فيه ، فإن هيئة التحكيم إذا أصدرت حكــم التحكيم فى النزاع القائم بينهم ، وحددت فى منطوقه مايستحقه المقاول عن الأعمال

---

(١) أنظر :

Rennes , 25 Av . 1932 , Rec . 1932 , 439 .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٣٣ .

(٣) أنظر :

Cass . Com , 28 Janv . 1958 , Rev . Arb . 1958 , 17 ; Paris . 21 Dec . 1964 , Gaz . Pal . 1965 , 1 , 274 ; Paris . 25 Janv . 1972 , Rev. Arb , 1973 , 158 .

الـــتى قام بها جميعها ، حتى تاريخ الحكم الصادر بمبلغ معين ، فإنها لاتكون قد خرجت عن حدود مشارطة التحكيم ، أو قضت بغير ماطلبه الأطراف المحتكمون منها [١] .

وإذا اتفـــق الأطـــراف المحـــتكمون فى شرط التحكيم المدرج فى عقد معين على أن يتم الإلـــتجاء إلـــى نظـــام التحكيم للفصل فى المنازعات الناشئة عن تفسيره ، وتنفيذه ، فإن الطلـــب العارض الذى يقصد به طلب التعويض المؤسس على الضرر الذى أصاب أحد الأطراف المحتكمين لسبب خارجى عن هذا العقد ، لايمكن قبوله أمام هيئة التحكيم [٢] .

وإذا اتفـــق على التحكيم فى شأن قسمة مؤقتة عرفية ، فإنه لايجوز أن يمتد حكم التحكيم الصـــادر مـــن هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى مايتعلق بالقسمة النهائية .

وإذا اتفق على التحكيم فى شأن حيازة أرض ، فإنه لايجوز أن يمتد حكم التحكيم الصادر مـــن هيـــئة التحكـــيم فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى مايتعلق بملكية هذه الأرض [٣] .

ويقـــع بـــاطلا حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم ، والذى فصل فى ملكية عقار ، فى حيـــن كـــان موضـــوع الـــنزاع كما تحدد فى الإتفاق على التحكيم هو تعيين حدود هذا العقار [٤] .

---

[١] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٤٤/٥/١١ – مجموعة القواعد القانونية – ٤ – ص ٣٦٣ . مشـــارا لهذ الحكم لدى : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٧٦ ص ١٨١ .

[٢] أنظر :

Cass . Civ , 16 Juin . 1976 , Rev . Arb , 1977 , 269 , 2e espace .

[٣] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٢/١/٣ – المحاماه المصرية – س (٣٣) – العدد (٨) – ص ١١٢٩ . مشارا لهذا الحكم لدى : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٤ ، ص ٨ . عكس هذا : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٣ ، ص ٣٣ .

[٤] أنظر :

وإذا تبيـــن من الحكم المطعون فيه أن النزاع قد ثار فى الدعوى حول ماإذا كان المطعون علـــيه مهندســـا ، يستحق باقى أتعابه المتفق عليها ، ولم يحصل بين الأطراف المحتكمين خلافـــا حـــول تفســـير أى نص من نصوص العقد ، أو إقرار المطعون عليه الذى وافق بمقتضـــاه علـــى أن يتم صرف باقى مستحقاته عند البدء فى تنفيذ المشروع ، وإنما تنكر علـــيه الشركة – **الطاعنة** – إستحقاقه الأتعاب ، إستنادا إلى أنه لم يقم بتنفيذ كافة التزامته الناشـــئة عـــن العقـــد ، وهـــى مسألة لاشأن لها بتفسيره ، وهو الموضوع الذى اقتصر الأطراف المحتكمون على عرض النزاع الذى يثور بشأنه على التحكيم . لما كان ذلك ، فـــإن الإختصـــاص ينعقد فى الدعوى القضائية للقضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة بالفصل فى المنازعة (١) .

وإذا كـــان موضـــوع شـــرط التحكيم المدرج فى عقد بين الأطراف المحتكمين هو حسم المـــنازعات الناشئة عن تنفيذه ، فإن هذا يشمل الطلبات المترتبة على عدم تنفيذه – كطلب التعويض ، الفوائد ، والفسخ .... إلخ (٢) .

Cass . Civ , 9 Fev . 1955 ,. Rev . Arb , 1955 , 60 .

(١) أنظـــر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٥/٦/١٧ – فى الطعن رقم (٤٠٦) – لسنة (٣٠) ق – ص ٧٧٨ . مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٣٣ .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى – خصومة التحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١١ .

وفى بـــيان تطبـــيقات قضائية أخرى فى القضاء المقارن ، لضرورة التفسير الضيق لحدود الواع موضوع الإتفـــاق عـــلى التحكيم ، أنظر : عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٩٥ ، ومابعدها .

قائمـــــة بأهـــم المراجـــع

أولا : باللغة العربية

١ – المؤلفات العامة

إبراهيم نجيب سعد :

القـــانون القضائى الخاص – الجزء الأول – ١٩٧٤ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد أبو الوفا :

إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية ، والتجارية – الطبعة السادسة – ١٩٧٦ ، الطبعة الثامنة – ١٩٨٢ ، الطبعة التاسعة – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

نظـــرية الدفـــوع فى قانون المرافعات – الطبعة السادسة – ١٩٨٠ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الثانية عشرة – ١٩٨٥ ، الطبعة الرابعة عشرة – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد السيد صاوى :

الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الثانية – ١٩٨٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد خليل :

قانون المرافعات المدنية ، والتجارية " **الخصومة ، والحكم ، والطعن** " – ١٩٩٦ – دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية .

أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد :

التنفيذ علما ، وعملا – الطبعة الثانية – ١٩٢٧ – مطبعة كلية الآداب بالقاهرة .

أحمد ماهر زغلول :

الموجـز فـى أصول ، وقواعد المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعات المدنـية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها – الجزء الأول – التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص – الطبعة الأولى – ١٩٩١ .

أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتـبطة بها – الطبعة الثانية – ١٩٩٤ ، الطبعة الثالثة – ١٩٩٧ – دار أبو المجد للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

أحمد مسلم :

أصول المرافعات – ١٩٦١ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

أحمد محمد مليجى موسى :

التنفيذ وفقا لنصوص قانون المرافعات ، معلقا عليها بآراء الفقه ، وأحكام النقض – ١٩٩٤ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

أمينة مصطفى النمر :

أحكـام التنفـيذ الجبرى ، وطرقه – الطبعة الثانية – ١٩٧١ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

قوانيـن المـرافعات – الكـتاب الأول – ١٩٨٢ – منشـأة المعارف بالأسكندرية .

أنور العمروسى :

قانون المرافعات – الطبعة الأولى – ١٩٧٥ – دار نشر الثقافة بالأسكندرية

أنور طلبة :

الإثــبات فى المواد المدنية ، والتجارية ، والأحوال الشخصية – الطبعة الأولى – ١٩٨٧ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

حسنى المصرى :

القانون التجارى – الكتاب الأول – ١٩٨٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

رأفت محمد حماد :

المدخل لدراسة القانون – الطبعة الأولى – ١٩٨٦ – دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

رمزى سيف :

قواعــد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية فى قانون المرافعات الجديد – الطبعة الأولى – ١٩٥٧ – مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة .

الوســيط فــى شــرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة التاسعة – ١٩٦٩ /١٩٧٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

سلامة فارس عزب :

دروس فــى قانون التجارة الدولية " ماهيته ، مصادره ، دوافع وجوده ، ومنظماته " – ٢٠٠٠ – بدون دار نشر .

سليمان مرقس :

أصــول الإثــبات فى المواد المدنية ، والتجارية – الطبعة الثانية – ١٩٥٢ – المطبعة العالمية بالقاهرة .

صوفى أبو طالب :

مبادئ تاريخ القانون – ١٩٦٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

عبد الباسط جميعى :

مبادئ المرافعات – ١٩٧٤ – دار الفكر العربى بالقاهرة

عبد الباسط جميعى ، محمود محمد هاشم :

المبادئ العامة فى التنفيذ طبقا لقانون المرافعات الجديد – الطبعة الأولى – ١٩٧٨ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

عبد الباسط جميعى ، عزمى عبد الفتاح :

الوجيز فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الأولى – ١٩٨٧ .

عبد الحميد أبو هيف :

المرافعات المدنية ، والتجارية ، والنظام القضائى فى مصر – الطبعة الثانية – ١٩٢١ – مطبعة الإعتماد بالقاهرة .

طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – الطبعة الثانية – ١٩٢٣ – مطبعة الإعتماد بالقاهرة .

عبد الرزاق أحمد السنهورى :

الوسيط فى شرح القانون المدنى – الجزء الخامس – العقود التى تقع على الملكية – المجلد الثانى ، الجزء السادس – العقود الوارد على الإنتفاع بالشئ " الإيجار والعارية " – الطبعة الأولى – ١٩٦٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة ، الجزء السابع – العقود الواردة على العمل – المجلد الأول – الطبعة الثانية – ١٩٨٩ .

عبد المنعم الشرقاوى :

شرح المرافعات – الطبعة الاولى – ١٩٥٠ – دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة .

عبد الودود يحيى :

النظرية العامة للإلتزامات – الطبعة الثانية – ١٩٨٢ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

عبد الوهاب العشماوى :

إجراءات الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية – الطبعة الاولى – ١٩٨٥ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

على صادق أبو هيف :

القانون الدولى العام – الطبعة الثانية – ١٩٦٦ .

فتحى والى :

التنفيذ الجبرى – الطبعة الأولى – ١٩٦٦ ، الطبعة الثانية – ١٩٧٤ ، الطبعة الثالثة – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

قانون القضاء المدنى اللبنانى – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى – ١٩٧٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

قانون القضاء المدنى الكويتى – دراسة لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، وأهم التشريعات المكملة لها – الطبعة الأولى – ١٩٧٧ – مطبعة جامعة الكويت .

الوسيط فى قانون القضاء المدنى – – الطبعة الأولى –١٩٨٠، الطبعة الثانية – ١٩٨٦ ، الطبعة الثالثة – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

مبادئ قانون القضاء المدنى – الطبعة الأولى – ١٩٨٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

محسن شفيق :

الوجيز فى القانون التجارى – الجزء الأول – الطبعة الأولى – ١٩٦٧/١٩٦٨ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد العشماوى :

قواعد المرافعات فى القانون الأهلى ، والمختلط – الطبعة الأولى – ١٩٢٨ – مطبعة الإعتماد بالقاهرة .

محمد توفيق سعودى :

القـــانون الـــتجارى – الجزء الأول – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد حامد فهمى :

المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الأولى – ١٩٤٠ – مطبعة فتح الله إلياس نورى بالقاهرة .

تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية ، والحجوز التحفظية – الطبعة الثانية – ١٩٥٢ – مطبعة فتح الله إلياس نورى بالقاهرة .

محمد حسام محمود لطفى :

المدخل لدراسة القانون فى ضوء آراء الفقه ، وأحكام القضاء – طبعة سنة ١٩٩٠/١٩٩١ – دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

محمد عبد الخالق عمر :

الـــنظام القضائى المدنى – الجزء الأول – المبادئ العامة – الطبعة الاولى – ١٩٧٦ ، الطبعة الثانية – ١٩٧٨ – دار النهضة لعربية بالقاهرة .

محمد ، وعبد الوهاب العشماوى :

قواعـــد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن – الجزء الأول – ١٩٥٧ – مطبعة الآداب بالقاهرة .

محمد كامل مرسى :

شـــرح القـــانون المدنـــى الجديد – العقود المسماه – ١٩٤٩ – المطبعة العالمية بالقاهرة .

محمد كمال أبو الخير :

قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم – الطبعة الرابعة – ١٩٨٥ – الناشر محمد خليل بالقاهرة .

محمد كمال عبد العزيز :

تقنيـن المـرافعات فـى ضوء القضاء ، والفقه – الطبعة الثانية – ١٩٧٨ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد محمود إبراهيم ، مصطفى كيرة :

أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى – ١٩٨٣ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

محمود السقا :

تاريخ القانون المصرى – الطبعة الأولى – ١٩٧٠ – مكتبة القاهرة العربية .

فلسفة ، وتاريخ النظم القانونية ، والإجتماعية – ١٩٧٥ – بدون دار نشر .

محمود حافظ غانم :

مبادئ القانون الدولى العام – ١٩٨٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود سمير الشرقاوى :

القانون التجارى – الجزء الأول – ١٩٧٨ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود محمد إبراهيم :

أصـول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى – ١٩٩٤ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

محمود محمد هاشم :

القواعد العامة للتنفيذ القضائى – ١٩٨٠ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

قـانون القضـاء المدنـى – الجزء الثانى – الطبعة الأولى – ١٩٨١ ، الطبعة الثالثة – ١٩٩١ – دار التوفيق للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

النظرية العامة للتنفيذ القضائى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية – ١٩٨٣ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قانون المرافعات – الطبعة الثانية – ١٩٩١ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

نادية محمد معوض / عاطف راشد الفقى :

قانون التجارة البحرية – ١٩٩٦ – مطابع الولاء الحديثة بشبين الكوم – المنوفية .

نبيل إسماعيل عمر :

المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الأولى – ١٩٨١ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

قانون المرافعات المدنية والتجارية – ١٩٩٤ – دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية .

وجدى راغب فهمى :

النظرية العامة للتنفيذ القضائى – الطبعة الأولى – ١٩٧٨ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

مبادئ القضاء المدنى – – الطبعة الأولى – ١٩٨٧ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

التنفيذ القضائى وفقا لأحدث التعديلات التشريعية فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٩٥ – بدون دار نشر .

وجدى راغب فهمى ، أحمد ماهر زغلول :

دروس فى المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، وتعديلاتها المستحدثة – الجزء الثانى – قواعد مباشرة النشاط القضائى – مبادئ الخصومة المدنية – ١٩٩٦ – دار أبو المجد للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

٢ – المؤلفات الخاصة

إبراهيم أحمد إبراهيم :

التحكيم الدولى الخاص – ١٩٨٦ – بدون دار نشر .

إبراهيم شحاته :

معاملـــة الإســـتثمارات الأجنبـــية فى مصر – ١٩٧٢ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

أبو اليزيد على المتيت :

الأصول العلمية ، والعملية لإجراءات التقاضى – المكتب الجامعى الحديث – الطبعة الثانية – ١٩٨٦ .

أبو زيد رضوان :

الأســـس العامـــة للتحكـــيم التجارى الدولى – ١٩٨١ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

أبو زيد رضوان ، حسام عيسى :

شـــركات المســـاهمة ، والقطـــاع العام – ١٩٨٨ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد أبو الوفا :

التحكـــيم بالقضـــاء ، وبالصلح – الطبعة الأولى – ١٩٦٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

عقـــد التحكيم ، وإجراءاته – – الطبعة الأولى – ١٩٧٤ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

التحكـــيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٣ – ١٩٧٨ ، ط٤ – ١٩٨٣ ، ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

التعليق على نصوص قانون الإثبات – الطبعة الثانية – ١٩٨٠ ، الطبعة الثالثة – ١٩٨٧ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

نظـرية الأحكـام فى قانون المرافعات – الطبعة الرابعة – ١٩٨٠ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

نظرية الدفوع فى قانون المرافعات – الطبعة الأولى – ١٩٨٠ ، الطبعة الثانية – ١٩٨٨ – الطبعة التاسعة – ١٩٩١ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

التحكـيم فـى القوانيـن العربية – الطبعة الأولى – ١٩٨٧ –منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد حسنى :

عقود إيجار السفن – ١٩٨٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

قضاء النقض البحرى – الطبعة الثانية – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد قسمت الجداوى :

التحكيم فى مواجهة الإختصاص القضائى الدولى – تنازع الإختصاص ، وتنازع القوانين – ١٩٨٢ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد ماهر زغلول :

أعمـال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – ١٩٩٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

مـراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها ، أو النظام الخاص للمراجعة " **تصـحيح الأحكام ، تفسيرها ، إكمالها** " – دراسات فى نظم مراجعة الأحكام – الطبعة الأولى – ١٩٩٣ .

أحمد نصر الجندى :

الولاية على المال – الطبعة الأولى – ١٩٨٦ – القاهرة الحديثة للطباعة .

أكثم أمين الخولى :

العقود المدنية – الطبعة الأولى – ١٩٥٧ – مطبعة نهضة مصر بالقاهرة .

العقـــود المدنية " **الصلح ، الهبة ، والوكالة** " – الطبعة الثالثة – ١٩٨٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

أمينة مصطفى النمر :

مناط الإختصاص ، والحكم فى الدعاوى المستعجلة – الطبعة الأولى – ١٩٧٤ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

ثروت حبيب :

دروس فى قانون التجارة الدولية – ١٩٧٥ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

خميس خضر :

العقود المدنية الكبيرة – – الطبعة الأولى – ١٩٧٦ ، الطبعة الثانية – ١٩٨٤ ، الطبعة الثالثة – ١٩٨٦ – دار النهضة الغربية بالقاهرة .

سامية راشد :

التحكـــيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الكتاب الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٨٤ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقاهرة ، ومدى خضوعه للقانون المصرى – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

دور التحكيم فى تدويل العقود – ١٩٩٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

عادل محمد خير :

مقدمـــة فـــى قـــانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ – الطبعة الأولى – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

عبد الحكيم فودة :

البطلان فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الثانية – ١٩٩٣ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية .

عبد الحميد الشواربى :

الــبطلان المدنـــى " **الإجـــرائى ، والموضوعى** " – ١٩٩٠ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع – ١٩٩٦ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية .

عبد الحميد المنشاوى :

التحكيم الدولى ، والداخلى فى المواد المدنية ، والتجارية ، والإدارية ، طبقا للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ – ١٩٩٥ –منشأة المعارف بالأسكندرية .

عبد الفتاح عبد الباقى :

نظـــرية العقد ، والإرادة المنفردة – الطبعة الأولى – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز :

التعليق على نصوص قانون الإثبات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٤ – طبعة نادى القضاة بالقاهرة .

التعلــيق علـــى نصوص قانون المرافعات – الطبعة الثانية – ١٩٨٥ – طبعة نادى القضاة بالقاهرة .

عزمى عبد الفتاح :

قانون التحكيم الكويتى – الطبعة الأولى – ١٩٩٠ – مطبوعات جامعة الكويت .

أساس الإدعاء أمام القضاء المدنى – ١٩٩١ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

على على منصور :

الشريعة الإسلامية ، والقانون الدولى العام – الطبعة الأولى – ١٩٦٢ .

محسن شفيق :

التحكيم التجارى الدولى – دراسة فى قانون التجارة الدولية – دروس ألقيت على طلبة دبلوم القانون الخاص – بكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٧٣ .

محمد السعيد رشدى :

أعمال التصرف ، وأعمال الإدارة فى القانون الخاص – الطبعة الأولى – ١٩٨٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد سعد الدين الشريف :

الولاية على مال القاصر – الطبعة الأولى – ١٩٤١ – مكتبة الآداب بالقاهرة .

محمد عبد اللطيف :

القضاء المستعجل – الطبعة الرابعة – ١٩٧٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب :

قضاء الأمور المستعجلة – الجزء الأول – الطبعة السادسة – ١٩٨٥ – عالم الكتب بالقاهرة .

محمد على عرفة :

أهم العقود المدنية – الكتاب الأول – العقود الصغيرة – ١٩٤٥ – مكتبة عبد الله وهبة بالقاهرة .

محمد كمال حمدى :

القاضـــى فـــى الولايـــة على المال – الطبعة الأولى – ١٩٦٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

الولايـــة علـــى المـــال – الطـــبعة الثانـــية – ١٩٨٧ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

محمد نور عبد الهادى شحاته :

الـــرقابة علـــى أعمال المحكمين – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ١٩٩٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود جمال الدين زكى :

العقـــود المســـماه – الطبعة الأولى – ١٩٦٠ – مطابع دار الكتاب العربى بمصر .

محمود سمير الشرقاوى :

الشـــركات التجارية فى القانون المصرى – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود محمد هاشم :

إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء فى الفقه الإسلامى ، والأنظمة الوضعية – دراسة مقارنة – ١٩٨٦ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – الجزء الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٩٠ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

محيى الدين إسماعيل علم الدين :

منصة التحكيم التجارى الدولى – الجزء الأول – ١٩٨٦ – شركة مطابع العنانى بالقاهرة .

مختار أحمد بريرى :

التحكــيم التجارى الدولى – دراسة خاصة للقانون المصرى الجديد بشأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

مصطفى مجدى هرجة :

الجديد فى القضاء المستعجل – الطبعة الثانية – ١٩٧٦ – دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

أحكــام ، وآراء فـــى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى – الطبعة الأولى – ١٩٨٦ – دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

نبيل إسماعيل عمر :

الدفـــع بعـــدم القـــبول ، ونظامه القانونى فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الأولى – ١٩٨١ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

هشام الطويل :

الدفـــع بعـــدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات – ١٩٨٦ – منشاة المعارف بالأسكندرية .

هشام على صادق :

مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين فى العلاقات الخاصة الدولية – ١٩٨٧ – الدار الفنية للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

القـــانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – ١٩٩٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية .

وجدى راغب فهمى :

مبادئ الخصومة المدنية – بدون سنة نشر – دار الفكر العربى بالقاهرة

يس محمد يحيى :

عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية ، والقانون الوضعى – دراسة مقارنة – ١٩٧٨ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

٣ - الرسائل العلمية

إبراهيم العنانى :

اللجوء إلى التحكيم الدولى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٦٥ - ومطبوعة سنة ١٩٧٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

أحمد حشيش :

الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقو ق - جامعة الأسكندرية - سنة ١٩٨٦ .

أحمد محمد مليجى موسى :

تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٧٩.

أحمد نشأت :

الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٨ .

أسامة الشناوى :

المحاكم الخاصة فى مصر - رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة .

إسماعيل أحمد محمد الأسطل :

التحكيم فى الشريعة الإسلامية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٨ .

أشرف عبد العليم الرفاعى :

التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٩٦ ، ومطبوعة سنة ١٩٩٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

السيد عبد العال تمام :

النظرية العامة لارتباط الدعاوى المدنية – ١٩٩١ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

القطب محمد طبلية :

العمل القضائى فى القانون المقارن ، والجهات الإدارية ذات الإختصاص القضائى – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٦٥ ، ومطبوعة سنة ١٩٨٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

أميرة صدقى :

النظام القانونى للمشروع العام ، ودرجة أصالته – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٦٩ ، ومطبوعة سنة ١٩٧١ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

بدرخان عبد الحكيم إبراهيم :

المعيار المميز للعمل القضائى – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٨٤ .

بشندى عبد العظيم أحمد :

حماية الغير فى قانون المرافعات – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٩١ .

شمس مرغنى على :

التحكيم فى منازعات المشروع العام – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – سنة ١٩٦٨ ، ومطبوعة سنة ١٩٧٣ – عالم الكتب بالقاهرة .

عاطف محمد راشد الفقى :

التحكيم فى المنازعات البحرية – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٦ .

عبد القادر الطورة :

قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٨٨ .

على الشحات الحديدى :

دور الخبير الفنى فى الخصومة المدنية – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٩١ .

على رمضان بركات :

خصومة التحكيم فى القانون المصرى ، والمقارن – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٩٦ .

على سالم إبراهيم :

ولاية القضاء على التحكيم – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – سنة ١٩٩٦ ، ومطبوعة سنة ١٩٩٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة .

عيد محمد عبد الله القصاص :

إلـتزام القاضـى باحترام مبدأ المواجهة – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة الزقازيق – سنة ١٩٩٢ .

فتحى والى :

نظـرية الـبطلان فى قانون المرافعات – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القـانون – لكلـية الحقـوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٥٨ ، ومطبوعة سنة ١٩٥٩ – الطبعة الأولى – منشأة المعارف بالأسكندرية .

محمد شوقى شاهين :

الشـركات المشـتركة – طبيعتها ، وأحكامها فى القانون المصرى ، والمقـارن – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٨٧ .

محمود السيد عمر التحيوى :

إتفاق التحكيم ، وقواعده فى قانون المرافعات ، وقانون التحكيم المصـرى رقـم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٥ .

وجدى راغب فهمى :

النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات – ١٩٧٤ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

٤ – الأبحاث ، والمقالات

إبراهيم أحمد إبراهيم :

تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية – مقالة منشورة بالمجلة المصرية للقانون الدولي – المجلد رقم (٣٧) –١٩٨١ – ص ص ٣٥ – ٦٣ .

أبو اليزيد على المتيت :

التحكيم البحرى – مقالة منشورة فى مجلة هيئة قضايا الدولة – س (١٩) – العدد الأول – يناير / مارس سنة ١٩٧٥ – ص ص ٢٨ – ٨٦ .

أحمد أبو الوفا :

التحكـيم الإختـيارى – – مقالـة منشورة بمجلة الحقوق – تصدرها كلية الحقوق – جامعة الأسكندرية – س (٦) – ١٩٥٢ / ١٩٥٣ – ص ٤ ، ومابعدها .

تكيـيف وظيفة المحكم – مقالة منشورة فى مجلة المحاماه المصرية – س (٣٧) – ع (٧) – ١٩٥٢ /١٩٥٣ – ص ص ٨٤٤ – ٩٠٧ .

عقـد التحكـيم ، وإجراءاته – مقالة منشورة بمجلة الحقوق – تصدرها كلية الحقوق – جامعة الأسكندرية – س (١٥) – ١٩٧٠ – ص ٣ ، ومابعدها .

أحمد رفعت خفاجى :

خواطـر حول نظام التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس – ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القاهرة حول الإلتجاء إلى التحكيم بالمنطقة ، بدلا من الإلتجاء إلى التحكيم فى دول الغرب ، والمنعقدة فى الفترة من(١٩) – (٢١) أكتوبر – سنة ١٩٩١ .

أحمد شرف الدين :

مراكز التحكيم العالمية – ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القاهرة / الأسكندرية – حول التحكيم التجارى الدولى – أكتوبر سنة ١٩٩٠ – ص ٢٩ ، ومابعدها .

أشرف الشوربجى :

المركــز الدولــى للتحكيم التجارى بالأسكندرية – ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الأســكندرية ، والمنعقد فى الفترة من(١٩-٢١) أكتوبر سنة ١٩٩١ – حول أهمية الإلتجاء إلى التحكيم بالمنطقة – ص ١٢٠ ، ومابعدها .

أكثم أمين الخولى :

خلقيات التحكيم – ورقة عمل مقدمة لمؤتمر تحكيم الشرق الأوسط ، والذى انعقد بالقاهرة فى يناير سنة ١٩٨٩ .

حسن البغدادى :

القــانون الواجــب التطبــيق فى شأن صحة شرط التحكيم ، وقرارات هيئات التحكــيم ، وتنفيذها – مقالة منشورة بمجلة هيئة قضايا الدولة – س (٣٠) – ع (٢) – ص ص ٣ – ٤٣ .

حسنى المصرى :

شــرط التحكــيم التجارى – ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم بالقاهرة – سنة ١٩٨٩ .

رضا محمد إبراهيم عبيد :

شــرط التحكــيم فى عقود النقل البحرى – مقالة منشورة بمجلة الدراسات القانونية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة أسيوط – العدد السادس – يونية سنة ١٩٨٤ – ص ١٩٥ ، ومابعدها .

سمير عبد السيد تناغوا :

إصـــطلاح الأحـــوال الشخصية من مخلفات الإمتيازات الأجنبية ، وتعـــدد جهـــات القضـــاء – مقالـــة منشـــورة بمجلة الحقوق – تصدرها كلية الحقوق – جامعة الأسكندرية – س (١٤) – ١٩٦٩ – العددان الثالث ، والرابع – ص ١٧٤ ، ومابعدها .

عادل فخرى :

التحكـــيم بين العقد ، والإختصاص القضائى – مقالة منشورة فى مجلة المحاماه المصرية – س (٥١) – سنة ١٩٧١ – ص ص ٥٠ – ٥٧ .

عبد الحسين القطيفى :

دور التحكـــيم فى فض المنازعات الدولية – مقالة منشورة فى مجلة العلـــوم القانونـــية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة عين شمس – – ع (١) – سنة ١٩٦٩ – ص ٣٢ ، ومابعدها .

عبد الحميد الأحدب :

التحكيم بالصلح فى الشرع الإسلامى ، والقوانين الأوربية – ورقة عمل مقدمة فى مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط – القاهرة – يناير سنة ١٩٨٩ .

عز الدين عبد الله :

تـــنازع القوانيـــن فـــى مســـائل التحكيم فى مواد القانون الخاص – مقالة منشـــورة فى مجلة العدالة – يوليو سنة ١٩٧٩ – العدد التاسع عشر – تصدر عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة – أبو ظبى .

على بدوى :

أبحـــاث فـــى تـــاريخ الشـــرائع – مقالة منشورة فى مجلة القانون ، والإقتصاد – تصدرها كلية الحقوق – جامعة القاهرة – س (١) – ع (١) – يناير سنة ١٩٣١ .

عمرو مصطفى درباله :

مراكـــز التحكيم العالمية – ورقة عمل مقدمة لندوة المركز الدولى للتحكيم التجارى بالأسكندرية – ص ص ٩٨ – ١١٩ .

فتحى والى :

إختـــيار المحكميـــن فـــى القانون المصرى – ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم بالقاهرة – حول المشكلات الأساسية للتحكيم الدولى من منظور التطوير – يناير سنة ١٩٧٨ .

فخرى أبو يوسف مبروك :

مظاهر القضاء الشعبى لدى الحضارات القديمة – مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونيةوة ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة عين شمس – س (٦) – ع (١) – يناير سنة ١٩٧٤ – ص ١٠٣ ، ومابعدها .

محمد طلعت الغنيمى :

شرط التحكيم فى اتفاقات البترول – مقالة منشورة فى مجلة الحقوق – تصدرها كلية الحقوق – جامعة الأسكندرية – س (١٠) – ١٩٦٠ / ١٩٦١ – العددان الأول ، والثانى – ص ٦٧ ، ومابعدها .

محمد لبيب شنب :

الأعمال التجارية المختلطة ، ونطاقها ، ونظامها القانونى – مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة عين شمس – س(٦) – يوليو سنة ١٩٦٤ ، ع(٢) – ص ٢٤٦ ، ومابعدها .

محمود سلام زناتى :

التحكـــيم عند العرب – ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم – العريش – سنة ١٩٨٩ .

محمود محمد هاشم :

إســتنفاد ولايــة المحكمين – مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة عين شمس – س (٢٦) – ع (١) ، (٢) – ١٩٨٣ /١٩٨٤ – ص ص ٥٣ – ١٠٦ .

هشام على صادق :

خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين فى العلاقات الخاصة الدولية – ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى – العريش الفترة من (٢٠) – (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٨٧ – المطبعة العربية الحديثة – ١٩٨٨ – ص ٥ ، ومابعدها .

وجدى راغب فهمى :

نحــو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قانون المرافعات – مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة عين شمس – س (١٥) – ١٩٧٣ – ع (١) – ص ٢٤٥ ، ومابعدها .

دراســات فى مركز الخصم أمام القضاء المدنى – مقالة منشورة بمجلة العلــوم القانونــية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة عين شمس – س (١٨) – ١٩٧٦ – ع (١) – ص ٧١ ، ومابعدها .

طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم – مقالة منشورة بمجلة مؤتمر التحكيم العربى – ١٩٨٧ .

مفهوم التحكيم ، وطبيعته – مقالة منشورة فى الدورة التدريبية للتحكيم – كلية الحقوق – جامعة الكويت – ١٩٩٢ /١٩٩٣ – ص ٤ ، ومابعدها .

هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم – مقالة منشورة بمجلة كلية الحقوق – جامعة الكويت – س (١٧) – العددان الأول ، والثانى – مارس / يونيو – سنة ١٩٩٣ – ص ص ٣١ – ١٧٣ .

خصومة التحكيم – مقالة منشورة فى مؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى – العريش فى الفترة من (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٩٣ .

نظـــام التحكـــيم فـــى قـــانون المرافعات الكويتى – مقالة منشورة ضمن برنامج الدورات التدريبية بكلية الحقوق – جامعة الكويت – ١٩٩٣ – ص ٢ ، ومابعدها .

٥ – الدوريات ، ومجموعات الأحكام

التشريع ، والقضاء .

المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم الأهلية .

مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية " **مجموعة النقض** " .

مجموعـــة القواعـــد القانونـــية الـــتى قررتها محكمة النقض ، والإبرام " **محمود أحمد عمر** " " **مجموعة عمر** " .

مجموعـــة المـــبادئ الـــتى قررتها محكمة النقض المصرية فى خمسين عام ، **فى الفترة من سنة ١٩٣١ ، حـــتى ١٩٨١ ، وملحق من سنة ١٩٨٢، حتى سنة ١٩٨٥ – أنور طلبة – دار الثقافة** بالأسكندرية .

مجموعـــة القواعد التى قررتها محكمة النقض المصرية فى الخمسة ، والعشرين عاما " **الجمعية العمومية – الدائرة المدنية** " .

مجموعـــة المـــبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات – يناير سنة ١٩٧٠ – يـــناير ســـنة ١٩٧٥ – الســـيد محمد خلف – **الهيئة المصرية العامة للكتاب – الطبعة الأولى – ١٩٨٣/١٩٨٢** .

مجموعـــة حسن الفكهانى لدى محكمة النقض – الموسوعة الذهبية **للقواعد القانونية التى قررتها محكمـــة الـــنقض** المصرية – إصدار الدار العربية للموسوعات " **حسن الفكهانى** " – **القاهرة** – ديسمبر سنة ١٩٨١ – **ملحق** رقم (١) .

الموســـوعة الشـــاملة للمبادئ القانونية فى مصر ، والدول العربية " **مدنى ، جنائى ، دولى** " – الطبعة الثانية – **تقديم** محمد زكى عبد المتعال – ١٩٨٧ – **دار الفكر العربى بالقاهرة** .

مجموعـــة المـــبادئ القانونـــية التى قررتها محكمة النقض المصرية ، **والدائرة المدنية فى خمس** ســـنوات – **فى** الفترة من ١٩٨٠ - **إلى** ١٩٨٥ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – سنة ١٩٨٨ .

مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس .

مجلة القانون ، والإقتصاد – تصدرها كلية الحقوق – جامعة القاهرة .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة الأسكندرية .

مجلة المحاماه المصرية – تصدرها نقابة المحامين بمصر .

مجلـــة إدارة قضـــايا الحكومة " **هيئة قضايا الدولة حاليا** " – يصدرها المكتب الفنى لهيئة قضايا الدولة .

مجلة الجمعية المصرية للقانون الدولى – " **مجلة مصر المعاصرة** " .

مجلة الدراسات القانونية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة أسيوط .

مجلة روح القوانين – تصدرها كلية الحقوق – جامعة طنطا .

ثانيا : باللغة الفرنسية

1 – Ouvrages generaux.

AUBRY et RAU :
Cours de droit civil Francais . 6 ed . 1964 .

BERTIN :
Principes de droit international prive . Paris . 1920 . T . 1 .

M . BIOCHE :
Dictionnaire de procedure civile et commerciale . T . 1 . Paris . 1867 .

CARBONNIER (J .) :
Droit civil . T . 1 . 11e ed . 1956 .

G . CORNU et FOYER :
Procedure civile . Paris . 1958 .

GARSONNET et CEZAR – BRU :
Traite theorique et pratique de procedure civile et commerciale . T . V111 . 1904 .

GLASSON (E .) , TISSIER et MOREL :
Traite theorique et pratique d'Orangisation Judiciaire de competence et de procedure civile . Sirey . Paris . 3e ed . T . 5 . 1936 .

HAMEL (G .) et LAGARD (G .) :
Traite elementaire de droit commercial . Dalloz . Paris . 1954 .

HAMONIC :
L'arbitrage en droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 .

JAPIOT :

Traite de procedure civile et commercial. 1930.

JOSSERAND :
Cours de droit civil positif. T. 1. 1938. Paris. Sirey.

L. LACOSTE :
Cours elementaire de procedure civile et voies d'execution. 3e ed. Sirey. 1956.

LAURANT :
Principes de droit civil Francais. 2e ed. T. 11 et T. 27. ,Paris. 1869 – 1978.

LEON – CAEN (C. H.) et RENAULT :
Traite elementaire de droit commercial. L. G. D. J. Paris. 1921.

MOREL (R.) :
Traite elementaire de procedure civile. 2e ed. Sirey. 1949.

PERROT ROGER :
Institutions Judiciaires. 1983. Montchrestien. Paris.

PLANIOL et REPERT :
Traite pratique de droit civile Francais. T. 1, 2e ed. 1952. 1957.

SOLUS (H.) et PERROT (R.) :
Droit judiciaire prive. Paris. Sirey. 1961.

THALLER (E.) :
Traite elementaire de droit commerecial. 5e ed. 1916. Paris.

VINCENT (J.) :
Procedure civile. Dix – neuvieme edition. 1978. Dalloz. Paris.

VINCENT (J.), GUINCHARD (S.) :
Procedure civile. 28 e ed. Dalloz. 20e ed. 1981. 22e ed. 1991.

H . VIZIOZ :

Etudes de procedure . ed . Biere . Bordeaux . 1956 .

2 – Ouvrages speciaux

ALEX WEILL , FRANCOIS TERRE :
Droit civile . Les personnes . La famille . Les incapacites . 5e ed . 1983 . Dalloz .

ANTOINE KASSIS :
Proleme de la base de l'arbitrage . T . 1 . Paris . L . G . D . J . 1987 .

J . ARETS :
Reflexions sur la nature Juridique de l'arbitrage . Annales de la Faculte de droit de Liege . 1962 .

BERNARD (A .) :
L'arbitrage volontaire en droit prive Belge et Francais . Bruxelles . 1937 .

E . BERTRAND :
Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principales matieres de droit prive . 1975 .

DE BOISSESON et DE JUGLART :
Le Droit Francais de l'arbitrage . Juridictionnaire . ed . 1983 . ed . 1990 . . Paris .

A . BRUNETH :
Les apports collectifs du travail , 2e ed . 1978 .

CARABIBER :
Les developpement de l'arbitrage . sous les suspices de grandes centres d'arbitrage . Dr . Soc . 1956 .

CEZAR – BRU :
Commentaire de la loi du 31 Decembre . 1925 . lois nouvelles . . 1 , P . 181 et s .

CHAMY (EDOUARD) :
L'arbitrage commercial international dans les pays Arabes . 1985 . Paris .

CHARLES JARROSSON :
La notion d'arbitrage . Paris . 1987 .
Bibliotheque de Droit prive .

DAVID (R .) :
Arbitrage du XIX et arbitrage du XX siecle . Melanges offert a SAVATIER . Dalloz . Paris . 1965 .
L'arbitrage dans le commerce international . Economica . 1981 .

FOUCHARD PHILIPPE :
L'arbitrage commercial international . Dalloz . 1965 . Paris .

FOUSTUCOS :
L'arbitrage interne et international . Droit prive belenique liter . 1976 . Preface B . GOLDMAN .

M . GOBEAUDE LA BILENNERIE :
Traite generale de l'arbitrage . Paris . 1927 .

GRECH (GASTON) :
Les chambres arbitrales et l'arbitrage commercial . 1952 .

Precis de l'arbitrage . Traite pratique sur la compromissoire et les chambres Arbitrales , 1964 .

Les chambres arbitrales en matiere commerciale . 1972 .

HAMONIC (G .) :
L'arbitrage en droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 .

HEINKOTZ REYNALD OTTENIOF :
Les conciliateurs . la conciliation . une etude comparative . preface de . ANDRE TUNC . Economica . . 1983 .

Y . JEANCLOS :
L'arbitrage en Bourgogne et en champagne du XII au XV sicle . Dijon . 1977 .

KLEIN :
Du caractere de la clause compromissoire notamment en matiere d'arbitrage . Revue Critique de Droit international prive . 1961 .

E . LOQUIN :
L'mlable composition en droit compare et international . Litec . Paris . 1980 .

LUCUIN FRANCOIS :
L'adage nul ne peut se Faire Justice soi meme " in Annales de la Faculte De Droit du Liege . 1967 .

E . MEZGER :
De la distinction entre l'arbitre dispense d'observer les regles de la loi et l'arbitre statuant sans appel . Dalloz . 1970 .

MONIER :
Mannel elementaire de droit Romain . Montchrestien . 1947 . T . 1 .

MOREL (R .) :
La clause compromissoire commercial . l . g . d . j . Paris . 1950 .

MOTULSKY (H .) :
Ecrits . etudes et notes sur l'arbitrage . Dalloz . 1974 . Paris .

ROBERT (JEAN) :
Traite de l'arbitrage , ed . 1967 .

Arbitrage civile et commercial en droit interne et international prive . Dalloz . 4e ed . 1990 .

J . ROBERT et B . MOREAU :
L' arbitrage . droit interne et droit international prive . 6e ed . Dalloz . 1993 .

RODIERE :
L'administration mineurs . Etude de Droit compare . Paris . 1950 .

SICARD (JEAN) :
Manuel de l'expertise et de l'arbitrage . Paris . Librarie des Journal des notaires et des avocats . 1977

3 – Les theses

BEAUREGARD (JACQUE) :
De la clause compromissoire These Paris . 1911 .

CHARLES PEFORT :
Les difficultes soulvees par l'application de la loi 31 Decembre 1925 sur la clause compromissoire . Paris . 1929 .

D . COHEN :
Arbitrage et societe . These . 1993 . Paris 11 .

El . GOHARY MOHAMED :
L'arbitrage et les contrats commerciaux internationaux a long term . These . Renne 1 . 1982 .

HERVE CHASSERY :
La clause compromissoire en droit interne . These . Montpellier . Mars . 1975 .

IBRAHIM N . SAD :
La sentence arbitrale . These . Paris . 1969 .

JARROSSON :
La notion d'arbitrage . These . Paris . 11 . 1985 . L . G . D . J . Paris , 1987 . preface OPPETIT .

JOSEPH MONESTIER :
Les moyens d'ordre public . These . Toulouse . 1965 .

P . L . LEGE :
L'execution des sentences arbitrales en France . These . Renne. 1963 .

S . MARECHAL :
Le prix de vent laisse a l'arbitrage d'un tiers . These . Lille . 1970 .

F . MAUGER :

L'arbitrage commercial aux Etats – unis D'Amerique . These . Paris . 1955 .

WEILL :
Les sentences arbitrales en droit international prive . These . Paris . 1906 .

DE MENTION :
Le role de l'arbitrage dans l'evolution Judiciaires . These . Paris . 1929 .

MOHAMMED ABDEL RHALIK OMAR :
La notion d'irrecevabilite en droit Judiciaire prive . These . Paris . 1987 .

MOHAMED ARAFA :
Les investissements etrangeres en Egypt . These . Nantes . 1989 .

MOSTEFA – TRARI – TANI :
De la clause compromissoire . These . Rennes . 1985 .

J . MOUTON :
Nature Juridique de la sentence arbitrale en droit prive . These . Paris . 1938 .

EL – KADI (OMAR) :
L'arbitrage international en droit musulman . droit positif Francais et Egyptien . These . Paris . 11 , 1986 .

ROTHE (M .) :
La clause compromissoire et l'arbitrage depuis la loi de 1925 . These . Paris , 1934 .

RUBELLIN – DEVICHI :
L'arbitrage . nature Juridique . Droit interne et Droit international prive . preface de J . VINCENT . L . G . D . J . Paris . 1965 . 4 .

Les articles

ABDEL HAMID EL AHDABE :
L'arbitrage en Arabie Saudite . Rev . Arb . 1981 . P . 238 et s .

BARBERY :
L'arbitrage dans les societe de commerce . Rev . Arb . 1956 . P . 151 et s .

BERTIN :
Refere et nouvel arbitrage . G . P . 1980 . 2 . Doct . 520 .
Nouvelles voies de recours , G . P . 1982 . 1 . Doct . 289 .

BOUILES (R .) :
Sentences arbitrales . autorite de la chose jugee et ordonnance d'exequature . J . C . P . 1961 . 1 . 1660 .

BREDIN :
La paralysie des sentences arbitrales par l'abus des voies de recours . Clunet . 1962 . P . 639 .

CARABIBER :
L'evolution de l'arbitrage commercial . Recueil des cours . 1960 .

G . CORNU :
Le decret du 14 Mai . relatif a l'arbitrage . presentation de la reforme . Rev . Arb . 1980 . 586 .

COUCHEZ :
Refere et arbitrage . Rev . Arb . 1986 . P . 155et s .

DELVOLVE :
Essai sur la motivation des sentences arbitrales . Rev . Arb . 1989 , 149 .

J . R . DEVICHI :
De l'effectivite de la clause compromissoire en cas de pluralite de defeudeurs ou d'appel en garantie dans la Jurisprudence recente . Rev . Arb . 1981 . P . 29 et s .

F . EISEMANN :
L'independence de l'arbitre . Rev . Arb . 1970 , P . 219 et s .

G . FIECHEUX :
Le commission arbitrale des Journalistes . Rev . Arb . 1964 , P . 34 et s .
FOUCHARD (P . H .) :
La clause compromissoire inseree dans le contrat mixte . Rev . Arb . 1971 . 1 . P . 1 et s .
Amiable composition et appel . Rev . Arb . 1975 . P . 18 et s .
La cooperation du president du tribunal de grande instance a l'arbitrage . Rev . Arb . 1985 . P . 8 et s .

B . GOLDMAN :
Le debat sur l'independence de l'arbitre au symposieum du 20 Nov . 1970. Rev . Arb . 1970 . P . 229 et s .

HAMID ANDALOUSSI :
L'independence de l'arbitrage dans les pays Arabes . Bulletin de la cour international d'arbitrage de la CCI . Mai . 1992 . P . 43 et s .

F . E . KLEIN :
Consideration sur l'arbitrage en droit international prive . Bole . 1955 .
Autonomie de la volonte et arbitrage . Revue Critique . 1958 . P . 281 et s .

P . LEVEL :
Une premiere rotuche au droit a l'arbitrage , laloi du 5 Juillet 1972 , J . C . P . 1972 . 1 . 2494 .

E . LOQUIN :
L'Obligation pour l'amaible composition de matiere sa sentence . Rev . Arb . 1976 . P . 223 et s .

MINOLI :
Relations entre partie et arbitre . Rev . Arb . 1970 . P . 221 et s .

MOREAU (B .) :

La recusation des arbitres dans la Jurisprudence recente . Rev . Arb . 1975 . 223 et s .

MOREL (R .) :
L'application a l'arbitrage des regles du nouveau code . Rev . Arb . 1980 . 642 .

MOTULSKY (H .) :
Menance sur l'arbitrage . la pretendue incompetence des arbitres en cas de coniatation sur l'existence ou sur la validite d'une clause compromissoire . J . C . P . 1954 . 1 . 1194 .

La nature Juridique de l'arbitrage prevue pour la fixation des prix de vente ou le loger . Rec . gen . lois . 1955 . P . 109 et s .

La respecte de la clause compromissoire . Rev . Arb . 1955 , P . 13 et s

L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public , Rev . Arb . 1956 . P . 38 et s .

La capacite de compromettre des etablissement publics a contrat commercial a propos de l'arret societe national devante surplus , Rev . Arb . 1958 , P . 39et s.

L'evolution recente en matiere international . Rev . Arb . 1959 , P . 3 et s .

La competence arbitrale . J . C . P . 57 . ED . 9 .

J . NORMAND :
Les conflits individuel . du travail et l'arbitrage apres la loi du 6 Mai .Arb . 1982 . P . 169 et s.

J . P . PALEWSKI :
L'arbitrage en matiere commercial et la jurisprudence de la cour de cassation . Clunet . 1933 . P . 845 et s

J . P . PANSSE :
Le respecte du principe de la contradictoire dans les deroulement des operation d'expertise . Gaz . Pal . 1978 . P . 6299 et s .

PERROT (R .) :

L'administration de la preuve en matiere d'arbitrage . Rev . Arb . 1974 . P . 159 et s .

Les voies de recours en matiere d'arbitrage . Rev . Arb . 1980 . P . 269 et s .

L' Aplication a l'arbitrage des regles nouveau code de procedure civile . Rev . Arb . 1980 . P . 642 et s .

Influence sur la validite de l'arbitrage les rapports des arbitres avec les parties . Rev . Arb . 1969 . P . 43et s .

L'arbitrage en matiere international . D . 1981 . Chron . 209

P . SCHLOSSER :

L'arbitrage et les voies des recours . Rev . Arb . 1980 . P . 28 et s .

VASSEUR (M .) :

Essai sur la presence d'une personne a une acte Juridique accompli par d'autres . R . T . D . Civ . 1949 , P . 173 et s .

VAV – HECRE :

Arbitrage et restrinction de la currence . Rev . Arb . 1973 . P . 3 et s .

J . VIATTE :

De la recasation des arbitres . Gaz . Pal . 1973 . 2 . Doc . P . 719 et s

L'amiable composition en Justice . Rec . Gen . Lois et Jurisp . 1974 . P . 563 et s.

Les voies de recours contre les sentences arbitrales . Gaz . . Pal . 1975 . 2 . Doct . 112 et s

WAHL (A .) :

La clause compromissoire en matiere commercial ؛ J . C . P . 1927 . ed . g .

IV periodiques et revues

Buelletin des Arrets de la cour de la cassation " Bull "

Recueil Sirey
Recueil Dalloz Hebdomodaire " D . H . "

Recueil Dalloz Periodique "D . P . "

Recueil Dalloz " D "

La Gazette du Palais " Gaz . Pal "

La Semaine Juridique . Juris – Classeur Periodique " J . C . P . "

Encyclopedie Dalloz , Repertoire De Droit Civile " Enc . D . Rep . Dr . Civ . "

Encyclopedie Dalloz . Repertoire De Droit Procedure Civile " Ency . D . Rep . proc . Civ "

Juris – Classeur De Procedure Civile " Juris . Proc . Civ " ou Juris . Class . Proc . Civ ."

Pormulaire Analytique de Procedure " For . Analu . Proc "

Revue Critique De legislation et de Jurisprudence " Rev . Crit . Legiset Juris "
Revue du Droit Public et de la science politique " R . D . P . "

Revue international de droit comparee " Rev . Int . Dr . Com ."

Revue generale des assurances terrestres " Rev . Gen . Ass . Terr . "

Revue Trimestrielle de droit civile " R . T . D . Civ . "

المحتويـــــات

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الأول :	
مضمـــون الإتجاه القائل بأن الدفع بوجـــود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية .	(٢٤٨)
المطلب الثانى :	
أسانيد الإتجـــاه القائل بأن الدفـــع بوجـــود الإتفـــاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائيـــة .	(٢٥٨)
المطلب الثالث :	
تقييم الإتجـــاه القائل بـــأن الدفـــع بوجـــود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية .	(٢٦٤)
المبحث الخامس :	
الإتجـــــاه الثالث :	
الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم هو دفعا بنقص فى ولاية المحكمة المختصـــة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لـــو لـــم يـــوجد اتفاقـــا علـــى التحكيـــم .	(٢٧١)
المطلب الأول :	
مضمون الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الإتفاق علـــى التحكيم هو دفعا بنقص فى ولاية المحكمة المختصـــة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لـــو لـــم يـــوجد اتفاقـــــا علـــــــى التحكيـــــــم .	(٢٧٢)
المطلب الثانى :	
أسانيد الإتجاه القائل أن الدفع بوجود الإتـــفاق على التحكيم هو دفعا بنقص فى ولاية المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم – لو لم يوجد اتفاقـــا علـــى التحكيم – بحيث لاتتناول	

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع | رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة
الفصل الثانى :	
دور القاضى العام فى الدولة فى	
تفسير العقـــود بصفة عامة .	(٤٣٨)
الفصل الثالث :	
تطبيق قواعد تفسير العقود بصفة عامة	
علـــى الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم .	(٤٤٢)
والفصل الرابع :	
تطبيقات لضرورة التفسير الضيق لحدود	
النزاع موضـــــوع الإتفاق على التحكيم .	(٤٤٤)
الخاتمة .	(٤٤٩)
قائمـــة بأهـــم المراجـــع .	(٤٦٠)
أولا :	
باللغة العربية .	(٤٦٠)
١ – المؤلفات العامة .	(٤٦٠)
٢ – المؤلفات الخاصة .	(٤٦٨)
٣ – الرسائل العلمية .	(٤٧٦)
٤ – الأبحاث ، والمقالات .	(٤٨٠)
٥ – الدوريات ، ومجموعات الأحكام .	(٤٨٦)
ثانيا :	
باللغة الفرنسية .	(٤٨٨)
محتويات الكتاب	(٥٠١)

تم بحمد الله ، وتوفيقه . . .

المؤلف . . .